DIE VERURTEILUNG
ZUR
LEISTUNG ZUG UM ZUG
NACH DEUTSCHEM REICHSRECHT

LEIPZIGER JURISTISCHE INAUGURALDISSERTATION

VON

HANS REUTER
REFERENDAR IN DRESDEN

LEIPZIG
VERLAG VON VEIT & COMP.
1909

DIE VERURTEILUNG
ZUR
LEISTUNG ZUG UM ZUG
NACH DEUTSCHEM REICHSRECHT

LEIPZIGER JURISTISCHE INAUGURALDISSERTATION

VON

HANS REUTER
REFERENDAR IN DRESDEN

ACAD.
LUGD BAT.
BIBL.

LEIPZIG
VERLAG VON VEIT & COMP.
1909

Digitized by the Internet Archive
in 2026

Druck von Metzger & Wittig in Leipzig.

https://archive.org/details/IA41546813_0170

Inhalt.

Seite

§ 1. **Einleitung** 1

Erstes Kapitel.

Die Voraussetzungen einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug.

§ 2. I. Stand der Lehre 6
A. Die communis opinio 6
B. Langheineken 7
C. Kohler 9
II. Die im Urteil liegende Feststellung und ihr Verhältnis zum materiellen Recht 10
§ 3. 1. Die Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug . . . 10
§ 4. 2. Die Verurteilung nach dem Klagantrag 12
§ 5. 3. Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf Grund einer Retentionseinrede 22
A. Die §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB. 24
α) Anwendungsgebiet 24
β) Inhalt 31
a) Die §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB. sind keine Ausnahmebestimmungen 31
b) Die Konstruktion der Verpflichtung gegen Gegenleistung zu leisten in den Fällen der §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB. . . . 37
B. Besondere Retentionsfälle 42
C. Anhang 54

Zweites Kapitel.

§ 6. **Die Verurteilung zu künftiger Leistung gegen Gegenleistung** 56

Drittes Kapitel.

Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug als Vollstreckungstitel.

§ 7. I. Allgemeines 60
§ 8. II. Die Bedingung der Vollstreckung 68
§ 9. Fortsetzung: Das Angebot der Gegenleistung . . 89

Seite

1. Die Voraussetzungen des Angebots 89
2. Die am Angebot beteiligten Personen 91
3. Wann und wo ist anzubieten? 95
4. Was ist anzubieten? 95
5. Wie ist anzubieten? 98

§ 10. III. Die Feststellung des Angebots 102
1. Die Aufgabe 102
2. Der Beweis 105
a) Durch Urkunden 105
b) Durch Augenschein 109

§ 11. IV. Die Nichtbeachtung der sachlichen Vollstreckungsbedingung 110
1. Die Rechtsbehelfe der Parteien vor u. nach der Novelle 110
2. Die Vollstreckungsbeschwerde des Schuldners . . . 114

§ 12. V. Die formelle Voraussetzung der Vollstreckung aus Zug-um-Zug-Urteilen und die Folgen ihrer Nichtbeachtung 116

Viertes Kapitel.

§ 13. **Die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung Zug um Zug gegen Gegenleistung** 121

Fünftes Kapitel.

§ 14. **Die Kostenentscheidung** 129

Anhang 131

Schlußwort 132

Literatur.

I. Materialien.

Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, herausgegeben von C. Hahn, fortgesetzt von B. Mugdan. Zitiert: Hahn.

II. Systeme.

A. Bürgerliches Recht.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I und II. 1900 ff.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903/04.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1906 ff.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 2. Bd. Obligationenrecht. 4. Aufl. 1888.
Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. 1902.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I und II, 1. 8./9. Aufl. 1903/05.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. 1896.
Grützmann, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts. 2. Bd. 1889.
Kohler, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1906.
Windscheid, Pandekten. 9. Aufl., bearbeitet von Kipp. 1906.
Zitelmann, Das Recht des BGB. I. Bd. 1900.

B. Prozeßrecht.

Bunsen, Die Lehre von der Zwangsvollstreckung.
Engelmann, Der deutsche Zivilprozeß. Breslau 1901.
Falkmann, Die Zwangsvollstreckung. 2. Aufl. 1.—4. Lieferung. 1899—1908.
Fitting, Der Reichszivilprozeß. 7. Aufl. 1890. (13. Aufl. 1907).
Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1885.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Bd. 1903, 2. Bd. 1907.
Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Bd. 1887, 2. Bd. 1896.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1906.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Bd. 1885.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2 Bde. 1903/1905.
Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. 1878.

III. Abhandlungen.

André, Die exceptio non adimpleti contractus im heutigen gemeinen Recht Leipzig 1890.
Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. 1883.
Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm. 1877.
Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Recht. 2. Aufl. 1868.
Fischer, Vollstreckbarkeit in Festgabe für Dahn. 3. Teil S. 39 ff. Breslau 1905.
Fischer, Der Schaden nach dem BGB. Jena 1903.
Friedenthal, Einwendung und Einrede. 1898.
Gmelin, Die Vollstreckbarkeit nach Reichszivilprozeß. 1898.
Groskopff, Zur Lehre vom Retentionsrechte. Oldenburg 1858.
Hellmann, Vorträge zum BGB. 1899.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.
Hellwig, Grenzen der Rückwirkung. 1907.
Kell, Der Privatarrest nach § 845 ZPO. 1908 (Leipziger Diss.).
Kipp. Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen. 1892.
Kisch, Beiträge zur Urteilslehre. 1903.
Kulau, Wirkungen des Ausnahmeverzugs nach dem BGB. 1906 (Leipziger Diss.).
Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht. 1886.
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch 1903.
Langheineken, Der Urteilsanspruch. 1899.
Marwitz, Das Urteil in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. 1902.
Müller, Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. 1907.
Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. 1904.
Schultze, Privatrecht und Prozeß. I. Bd. 1883.
Stein, Die Voraussetzungen des Rechtsschutzes in Festgabe für Fitting. Halle 1903.
Stein, Der Urkunden- und Wechselprozeß. Leipzig 1887.
Steininger, Leistung Zug um Zug. 1905 (Tübinger Diss.).
Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis. 7. Aufl. 1906.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.
Tuteur, Die Klage auf künftige Leistung nach § 257 ZPO. 1906. (Würzburger Diss.).
Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. 2. Aufl. 1896.
Wach, Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig, Dekanatsprogramm. 1901.
Weismann, Die Feststellungsklage. Bonn 1879.
Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentümer und Pfandschuldner. 1906 (Leipziger Diss.).

IV. Kommentare und Handausgaben.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

Planck, Staudinger, Hölder (Allg. Teil), Rehbein.

2. Zivilprozeßordnung.

Gaupp-Stein, Seuffert, Petersen-Anger-Remelé, Reincke, Neumüller, Freudenthal, Struckmann-Koch, Wilmowski-Levy.

3. Handelsgesetzbuch.

Staub (König-Stranz-Pinner).

4. Wechselordnung.

Staub, Rehbein, Bernstein.

Abkürzungen.

Bayr. Z. f. Rechtspfl. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
D. J. Z. = Deutsche Juristenzeitung.
ziv. Arch. = Archiv für die zivilistische Praxis.
Arch. f. bürg. R. = Archiv für bürgerliches Recht.
Entsch. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rspr. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte von Mugdan-Falkmann.
S. A. = J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
JW. = Juristische Wochenschrift.
ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Gruchot = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Jhering = Jherings Jahrbücher für Dogmatik.
ZZP. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.
Sächs. Annalen = Annalen des Kgl. Sächsischen Oberlandesgerichts.
Württemb. Jahrb. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.
Vollstr. Z. = Zeitschrift für Vollstreckungsrecht und Zustellungswesen.
Arch. f. pr. R. = Archiv für praktische Rechtswissenschaft.

§ 1.

Einleitung.

Die Reichszivilprozeßordnung erkennt seit der Novelle vom 17. Mai 1898[1] ausdrücklich Urteile an, deren Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner abhängt.[2] Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht in den §§ 274 Abs. 1 und 322 Abs. 1 von einer Verurteilung des Schuldners zur Erfüllung Zug um Zug, d. h. wie das Gesetz diesen terminus technicus in § 274 Abs. 1 selbst bestimmt, zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung. Auch dem, der die Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht kennt, oder ihr jeden Wert für die Erfassung des Gesetzesinhalts abspricht, leuchtet es ein, daß diesen Bestimmungen derselbe Begriff zugrunde liegt. Er soll den Gegenstand der folgenden Abhandlung bilden.

Ich habe die in der Wissenschaft und Praxis üblichere Bezeichnung gewählt und spreche von der Verurteilung zur Leistung, nicht zur Erfüllung Zug um Zug. Diese Freiheit ist um so eher verzeihlich, da das Bürgerliche Gesetzbuch selbst häufig die Worte „Leistung" und „Erfüllung" als Synonyme verwendet,[3] da ferner die Leistungsklage ein gebräuchlicher Terminus der Prozeßrechtswissenschaft ist, vor allem aber, weil auf diese Weise das Mißverständnis ausgeschaltet wird, daß auch die Gegenleistung Erfüllung sein müsse. Denn ich kann etwas leisten, ohne Schuldner zu sein. Erfüllung setzt stets eine Verbindlichkeit voraus, mag

[1] An dieses Gesetz ist zu denken, wenn im folgenden kurz von der Novelle die Rede sein wird. Die übrigen Änderungen der Zivilprozeßordnung sind für unsere Betrachtung gegenstandslos.

[2] Vgl. §§ 726 Abs. 2, 756, 765 ZPO.

[3] Vgl. z. B. §§ 269, 270 „Leistungsort" und § 447 Abs. 1 „Erfüllungsort" u. a. m.

sie auch nur unvollkommen, eine sogenannte naturalis obligatio, sein. Damit ist zugleich gesagt, daß nicht jede Verurteilung zur Leistung Zug um Zug den Tatbestand der §§ 274, 322 BGB. voraussetzt.

Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ist keine originäre Schöpfung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der gleichzeitig ins Leben getretenen Novelle zur Prozeßordnung. Sie will dies gar nicht sein. „Klagen aus gegenseitigen Verträgen auf Erfüllung Zug um Zug sind schon jetzt überaus häufig," sagen die Motive[1] zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Wir finden die Bestätigung dafür in der partikularrechtlichen Literatur.[2] Weit zahlreicher waren jedoch von jeher die Fälle, in denen auf Grund der Geltendmachung einer Retentionseinrede seitens des Beklagten ein solches Urteil gefällt wurde.[3] Streitig ist, ob schon nach den römischen Quellen die exceptio doli in ihrer Funktion als Retentionseinrede eine derart bedingte Verurteilung veranlaßt hat. Zaun[4] und in Übereinstimmung mit ihm Groshopff[5] haben unabhängig voneinander die Behauptung aufgestellt, daß nach römischem und sonach auch nach gemeinem Recht in allen Fällen, wo ein Retentionsrecht geltend gemacht wird, der Beklagte unter der Bedingung, daß der Kläger ihm das Seinige Zug um Zug

[1] Hahn-Mugdan, Materialien 3. Bd. S. 112. (Mot. III S. 203.) Diese Bemerkung bezog sich auf den nicht Gesetz gewordenen § 365 des ersten Entwurfs, nach dem jeder Teil bei einem gegenseitigen, Zug um Zug zu erfüllenden Vertrage Klage erheben konnte auf Verurteilung des anderen Teils zur Erfüllung Zug um Zug. Vgl. den entsprechenden § 322 Abs. 1 BGB., nach dem bei gleicher Sachlage für jeden Teil eine Klage auf Leistung schlechthin begründet ist.

[2] Mit dieser Klage wurden nach preußischem Recht die Ansprüche aus gegenseitigen, von keiner Seite erfüllten Verträgen gegen den nicht vorleistungspflichtigen Gegenkontrahenten verfolgt. Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 46 S. 115; Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht I § 83 S. 489ff.

[3] SA. 18 Nr. 180 (OAG. Kassel), 23 Nr. 176 (OAG. Oldenburg), 24 Nr. 232 (OAG. Jena) und für das preußische Recht: RG. vom 8. Mai 1883 bei Gruchot 27 S. 934; sowie Förster-Eccius 1. Bd. S. 756.

[4] Zaun, im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft 1857, wo meines Wissens zuerst in der Literatur die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf Grund der Retentionseinrede mit eingehender Begründung verteidigt worden ist.

[5] Groshopff, Retentionsrecht S. 13ff., 99ff., 72ff.

ersetze, zu verurteilen sei. Inwieweit ihre Darlegungen für die weitere Behandlung der Frage von Einfluß gewesen sind, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls erfreute sich dieses Urteil stetig wachsender Beliebtheit. Auch Dernburg betont in seiner Lehre von der Kompensation[1] die Pflicht des Richters im gemeinrechtlichen Zivilprozesse, bei begründeter Retentionseinrede unter der Bedingung zu verurteilen, daß dem Gegenrechte Genüge geschieht. Für die Vorzüge dieser Urteilsfassung zeigten sich auch diejenigen zugänglich, die durch die Begründung aus den Quellen nicht überzeugt waren. So befürwortete schon Wetzell[2] in bewußtem Gegensatz zu der Strenge des Rechts, die im Falle erfolgreicher Geltendmachung der Retentionseinrede die „Abweisung zur Zeit" forderte, die „hin und wieder übliche Praxis", nach welcher der Beklagte zur Herausgabe des Streitobjekts gegen die mittels der Retentionseinrede verfolgte Gegenleistung schuldig erkannt wurde.

Daran ist durch das Inkrafttreten der Reichszivilprozeßordnung nichts geändert worden. Der Mangel gesetzlicher Bestimmungen war der Weiterentwicklung eher günstig, da das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung[3] die herrschende Praxis bestätigte. Man begnügte sich mit der im Gesetz liegenden stillschweigenden Anerkennung des Urteils und konnte dies um so eher, da die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug kein besonderer Urteilstypus, vielmehr eine dem materiellen Recht entspringende Form der Verurteilung ist, deren prozessuale Eigentümlichkeiten sich im wesentlichen auf das Gebiet der Vollstreckung beschränken. Mit Recht konnte André[4] sagen, daß die formelle Zulässigkeit dieser Verurteilung für das heutige Prozeßrecht keinen Bedenken unterliegen kann.

Von Einmütigkeit in der prozessualen Behandlung des Retentionsrechts konnte freilich auch gegen Ende der gemeinen Rechtswissenschaft keine Rede sein. So fordert André[5] für die

[1] Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation. 2. Aufl. S. 371.

[2] System des ord. Zivilprozesses S. 561.

[3] Vgl. z. B. U. III. ZS. vom 11. März 1890 (RG. Bd. 26 S. 186), sowie U. IV. ZS. vom 20. Mai 1895 (Gruchot Bd. 39 S. 971f.)

[4] André, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags S. 129.

[5] André a. a. O. S. 132; ebenso Dernburg, Pandekten II S. 61.

Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf Grund der exceptio non adimpleti contractus regelmäßig einen besonderen Antrag, und Langfeld[1] will in jedem Falle die Entscheidung darüber, ob bei begründeter Retentionseinrede die Klage zurzeit abzuweisen oder der Beklagte zur Leistung gegen Leistung des Klägers zu verurteilen sei, in das Ermessen des Richters gestellt wissen. Anerkennung haben diese Forderungen nur vereinzelt gefunden. Die überwiegende Meinung[2] vor Inkrafttreten des BGB. ging dahin, daß nach gemeinem Recht die Retentionseinrede und die ihr wesensverwandte exceptio non adempleti contractus[3] bei Zug um Zug zu erfüllenden gegenseitigen Verträgen, ohne weiteres und notwendig zu „bedingter Verurteilung",[4] also zur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug führten.

Welche Bedeutung dieser Urteilsform schon unter der Herrschaft des alten Rechts zuerkannt wurde, erhellt aus der berühmten Kontroverse, die sich an das Fehlen einer den §§ 726II, 756, 765 ZPO. entsprechenden Bestimmung in der Zivilprozeßordnung alter Fassung knüpfte.[5] An die Stelle der alten Streit-

[1] Langfeld, Retentionslehre S. 126 unter Berufung auf das in SA. 32 Nr. 5 abgedruckte Urteil des Obertribunals Berlin.

[2] Windscheid II § 321 und § 351 (S. 462); Thon, Rechtsnorm S. 268f.; Goldschmidt, S. 981: „Das Retentionsrecht schützt nicht gegen die Verurteilung, sondern gegen die unbedingte Verurteilung und insofern gegen die Exekution."

[3] In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts wird diese Verteidigung hier als wahre exceptio, nicht als „negative Litiskontestation", Leugnen des Klaggrundes, betrachtet. Vgl. Windscheid 2. Bd § 321 Anm. 2. Das war sie auch im sächsischen Recht. Grützmann, Lehrbuch, 2. Bd. S. 80. Sie ist nicht mehr als eine Retentionseinrede, deren tatsächlicher Begründung der Beklagte durch das klägerische Vorbringen überhoben wird. Vgl. Wetzell, System S. 165.

[4] Der Ausdruck „bedingte Verurteilung" ist falsch und würde besser ganz vermieden, weil er leicht irrige Vorstellungen wachruft. Vgl. z. B. Eck, Vorträge zum BGB. S. 265: „Seine Verurteilung ist eine bedingte, sie wird aber unbedingt, wenn der Schuldner in Annahmeverzug gerät." Wir kennen nur einen Fall einer aufschiebend bedingten Entscheidung, das Eidesurteil.

[5] Vgl. darüber Wach, Vorträge S. 322ff., Fitting, Archiv für die ziv. Pr. Bd. 61 S. 436; Kohler, ebenda Bd. 72 S. 29 und die Kommentare zu § 664 ZPO. a. F.

fragen sind zum Teil neue getreten. Die Beachtlichkeit der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug hat sich unter der Geltung des neuen Rechts nicht gemindert und ist nicht mit dem Inhalt der in den Eingangsworten aufgeführten Gesetzesparagraphen erschöpft. Aber schon aus diesen können wir ersehen, daß wir uns sowohl mit dem materiellen Rechtsgebiet, wie mit dem prozessualen zu befassen haben werden. In der Tat gehört dieses Urteil wie kaum ein anderes dem sogenannten „Grenzgebiete" zwischen Zivil- und Prozeßrecht an, also den Materien des Prozeßrechts, „zu deren Verständnis in ganz besonderem Maße eine eingehende Heranziehung von zivilistischen Lehren gehört."[1]

Unsere Untersuchung scheidet sich zweckmäßig nach dem doppelten Gehalt des Urteils, der Feststellungs- oder Rechtskraftwirkung und der Vollstreckungswirkung. Die Feststellungswirkung führt uns zu den Voraussetzungen des Urteils nach materiellem Recht. Wir könnten uns auf das Urteil beschränken und es dahingestellt sein lassen, aus welchem Grunde das Gericht eine solche Entscheidung formuliert und ausgesprochen hat. Eine derartig vorurteilslose Betrachtungsweise ist jedoch bei dem derzeitigen Stand der Wissenschaft nicht angebracht. Man liebt es, dieses Urteil im engsten Zusammenhang mit dem materiellen Recht zu betrachten. Es empfiehlt sich daher, jenen Tatbeständen, denen eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug entspricht, an der Hand des Gesetzes nachzugehen. Wenn ich dabei von Voraussetzungen des Urteils spreche, so sind darunter keine Existenzvoraussetzungen zu verstehen — denn ein Urteil ist nicht deshalb nichtig, weil es unrichtig ist —, sondern lediglich die Gründe, die die Entscheidung rechtfertigen können. Existenzvoraussetzungen besonderer Art gibt es für dieses Urteil nicht.

Als Rechtsquelle benutzen wir nur das im BGB. und der ZPO. kodifizierte Reichsrecht, soweit sich nicht die Beziehung anderer reichsrechtlicher Gesetzesbestimmungen zu den genannten Gesetzen unmittelbar aufdrängt.

[1] Hellwig, Lehrbuch I S. 17 Anm. 8.

Erstes Kapitel.

Die Voraussetzungen einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug.

§ 2.

I. Stand der Lehre.

A. Die communis opinio. Über die zivilrechtlichen oder materiellen Voraussetzungen, unter denen eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug heute zulässig ist, herrscht Streit. In der Literatur gehen die Meinungen darüber weit auseinander. Zu einer Zusammenfassung dieser Tatbestände ist erst im Vollstreckungsrecht Veranlassung gegeben. Wohl die erste Äußerung über den Gegenstand findet sich daher in der Begründung des Entwurfs zu der durch das BGB. veranlaßten Novelle, stammt also von berufener Seite. Dort[1] heißt es bei Einführung der einschlägigen Bestimmungen, der jetzigen §§ 726 Abs. 2, 756, 765 ZPO.:

„Nach dem BGB. kann eine Verurteilung des Schuldners zur Erfüllung Zug um Zug in drei Fällen vorkommen:

bei der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts, § 274,
im Falle der Einrede des nicht erfüllten Vertrags, § 322,
und bei den aus der Ausübung des Rücktrittsrechts sich ergebenden Verpflichtungen, § 348.“

Die Motive sind nicht Gesetz, aber sie geben Aufschluß über die systematische Gliederung des Stoffes, die den Verfassern des Entwurfs vorschwebte. Für das richtige Verständnis der §§ 726 Abs. 2, 756, 765 ZPO. ist die angeführte Bemerkung von erheblicher Bedeutung, für die Auslegung des bürgerlichen Rechts, die uns zunächst beschäftigt, hat sie nur den Wert einer wissenschaftlichen Meinungsäußerung. Sie haftet an der Oberfläche des Gesetzes. Gleichwohl hat sich die überwiegende Meinung in den Bearbeitungen des Prozeßrechts dieser Auslegung angeschlossen. In zahlreichen Kommentaren zur Zivilprozeßordnung, aber auch

[1] Hahn, Motive zur Novelle S. 136 (amtliche Ausgabe S. 147).

in systematischen Bearbeitungen und Monographien wird heute noch eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug lediglich in den Fällen der §§ 274, 322, 348 BGB. für angängig erklärt.[1] Die Privatrechtswissenschaft ist diesem Irrtum nicht gefolgt und steht heute auf einem wesentlich freieren Standpunkte. Langheineken,[2] der meines Wissens zuerst die materiellen Grundlagen der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nach dem BGB., wenn auch von einem anderen Ausgangspunkte aus, einer gründlichen Untersuchung unterzogen hat, hat eine Fülle von Tatbeständen aufgezählt, die eine solche beschränkte Verurteilung ermöglichen sollen. Zu einem ähnlichen Ergebnis ist auf anderem Wege neuerdings Kohler in seinem Lehrbuch[3] gelangt.[4] Ihre Ausführungen fordern teilweise zum Widerspruch heraus. Da sie nur im Zusammenhang richtig gewürdigt werden können, ist es ratsam, sie in Gestalt eines kurzen Auszuges dem eigenen Gedankengange vorauszuschicken.

B. Nach Ansicht Langheinekens hat eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nicht die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts oder einer Einrede des nicht erfüllten Vertrags zur unerläßlichen Voraussetzung. Vielmehr erachtet er diese Gestaltung des Urteils in all den Fällen geboten, in denen „Gegenstand des Anspruchs ist eine gegen eine Gegenleistung zu be-

[1] So Seuffert zu § 726 ZPO.; Petersen-Anger-Remelé zu § 726 ZPO.; Sydow-Busch zu § 726 ZPO.; Reincke zu § 726 ZPO.; Schmidt, Lehrbuch S. 903 Anm. 4; Weismann, Lehrbuch 2. Bd. S. 38; Schlegelberger S. 173; ferner: Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 125 N. 23 und Marwitz, das Urteil S. 8, die § 467 BGB., Freudenthal zu § 726 ZPO., der außerdem § 3 des Gesetzes vom 16. Mai 1894, betr. die Abzahlungsgeschäfte, zitiert. Im Gegensatz zu den Genannten erwähnt Gaupp-Stein zu § 726 ZPO. nur beispielsweise die §§ 274, 322, 348, 467, 493, 634 Abs. 4, 1217 Abs. 2, 1223 Abs. 2 BGB.; ebenso Neumiller zu § 726 ZPO.: §§ 274, 322, 348, 467 BGB., § 3 des Ges. vom 16. Mai 1894 und als der analogen Behandlung fähig die Fälle der §§ 255, 410, 785, 797, 808, 1144, 1182, 1267 BGB.; a 39 WO.

[2] Anspruch und Einrede S. 87ff., 307ff.

[3] Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd. S. 193ff.

[4] Die Kommentatoren des BGB. sind ihnen vielfach gefolgt. Vgl. z. B. Planck und Staudinger zu den §§ 410, 1217, 1218, 1223, 1477, 1502, 1515 BGB. Sie begnügen sich freilich mit einem Hinweis auf die §§ 726 Abs. 2, 756, 765 ZPO.

wirkende Leistung."[1] Diese „Beschränkung des Inhalts des Anspruchs" sei bei dessen klageweiser Geltendmachung von Amts wegen zu berücksichtigen, sofern nicht das Gesetz ausdrücklich die Beachtlichkeit dieser inhaltlichen Beschränkung der Verteidigung des Beklagten anheimstelle, ihm eine Einrede verleihe, mit der dieser „zwar nicht überhaupt jeder Geltendmachung des Anspruches, aber doch der uneingeschränkten Durchsetzung des Anspruches entgegentreten kann."[2] Langheineken zählt fünf Fälle solcher Einreden auf: Die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung (§§ 258 S. 2, 321, 811 Abs. 2 S. 2, 867 S. 3 BGB., § 838 ZPO.), die Einrede der mangelnden Ausgleichung eines Fehlbetrages (§ 526 S. 1 BGB.), die Einrede der mangelnden Genehmigung von Verwendungen (§ 1000 S. 1; vgl. §§ 972, 2022 Abs. 1 S. 2 BGB.), die Einrede der mangelnden Erstattung des berichtigten Kaufpreises (§ 1100 S. 1 BGB.) und die Einrede der mangelnden Urkundenvorlegung (§ 1160 Abs. 1 BGB.). Diese Aufzählung betrachtet er als erschöpfend, da der Ausnahmecharakter der Einreden die extensive Interpretation anderer Gesetzesstellen nach dieser Richtung ausschließe. Während also hier nur die Geltendmachung der dem Beklagten verliehenen Einrede zu einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug führe, erübrige sich diese Verteidigung des Beklagten in allen anderen Fällen, wo der Schuldner verpflichtet sei, nur „zur Leistung gegen eine bestimmte Gegenleistung" (§§ 255, 298, 368 S. 1, 373, 410 Abs. 1 S. 1, 785, 797 S. 1, 808 Abs. 2 S. 1 BGB.) oder, wenn der Gläubiger verlangen könne, „die Leistung gegen eine bestimmte Gegenleistung" (z. B. §§ 236, 798 S. 1, 1218 Abs. 1, 1144, 1217 Abs. 2 S. 1, 1223 Abs. 2, 1267 S. 1, 1477 Abs. 2, 1502 Abs. 1 S. 2, 1515 Abs. 1 BGB.).[3] In diesen Fällen könne der Schulder stets nur zur Leistung Zug um Zug gegen die Gegenleistung verurteilt werden. Im Gegensatz zu der positiv gesetzlichen Regelung der §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB. ergebe sich für die erstgenannten Fälle genau dasselbe Verhältnis . . . aus der Natur des ihnen zugrunde liegenden Tatbestandes . . . denn, wenn eine Einrede sich lediglich aus einer inhaltlichen Beschränkung des von ihr

[1] a. a. O. S. 87. [2] a. a. O. S. 307 a. E. [3] a. a. O. S. 308 f.

behafteten Anspruchs, d. h. aus einer inhaltlichen Beschränkung der geschuldeten Leistung, herleitet, so kann ihre Geltendmachung im Prozeß auch nicht mehr als eine inhaltliche Beschränkung der Verurteilung, genauer: eine Verurteilung zu inhaltlich beschränkter Leistung herbeiführen.[1] Diese Darlegungen bilden ein wertvolles Hilfsmittel für unsere Untersuchung, leiden jedoch an einer Überschätzung des Gesetzeswortlauts, die zumal in der Hervorhebung der Ausnahmeeinrede zutage tritt. Weil L. die Retentionseinrede verkennt, oder für das BGB. leugnet, wird seine Darstellung gekünstelt und unübersichtlich. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

C. Bei Kohler hat der Gegenstand unserer Betrachtung nicht dieselbe erschöpfende Behandlung gefunden, da sein Lehrbuch noch nicht über das Recht der Schuldverhältnisse hinausgediehen ist. In dem uns vorliegenden Kapitel über die Einrede erörtert er deren Arten und Wirkungen. Er scheidet ständige und vergängliche Einreden. Uns interessieren nur die letzteren. Die „Vergänglichkeit" führt es mit sich, daß, auch wenn auf Grund ihrer ein gerichtliches Urteil ergeht, das Urteil nur in einer Weise gestaltet werden kann, bei welcher dem Anspruchberechtigten der Anspruch vorbehalten wird.[2] Dafür bieten sich zwei Möglichkeiten: entweder, der Anspruch wird abgewiesen, weil der Anspruch zurzeit nicht begründet ist, oder das Urteil lautet nicht auf Abweisung, sondern auf Leistung gegen Gegenleistung Zug um Zug. Diesen Ausweg hat das Gesetz, nach Kohlers Meinung, „ausdrücklich" gewählt in den Hauptfällen der Zurückbehaltungseinreden im weiteren Sinne, also einmal bei „gegenseitigen Schuldverhältnissen", wo „der eine Teil die Erfüllung verweigern kann, bis der Gegner erfüllt" (§§ 320, 321, 322, 348, 440 BGB.), aber auch § 255 BGB.; ferner: §§ 798, 803, 1100, 1217, 1218, 1223, 1267, 1477, 1502, 1515 BGB.; ebenso § 526 BGB.;[3] zum andern im Falle des technisch sog. Zurückbehaltungsrechts §§ 273, 274 BGB. Nach Rechtsähnlichkeit dieser Gruppe will Kohler die Fälle behandelt wissen, in denen die Rechtsordnung die Befugnis gibt, Erfüllung zu verweigern,

[1] a. a. O. S. 89. [2] a. a. O. S. 195. [3] a. a. O. S. 194.

solange nicht Sicherheit geleistet wird. Dazu rechnet er nicht nur die Fälle der §§ 258, 811, 867 (1005), 321 BGB., 838 ZPO., sondern auch die der §§ 410, 797, 808, 1160, 409, 576, 368, 371, 785 BGB. Liegt also der Tatbestand eines der aufgezählten Gesetzesparagraphen vor, und macht der Schuldner von der ihm darin verliehenen Befugnis, die Erfüllung zu verweigern, Gebrauch, so hat der Richter, nach Kohler, den Kläger nicht mit der Klage abzuweisen, sondern den Beklagten zur Leistung gegen die Gegenleistung zu verurteilen.

Diese Auslegung erscheint mir willkürlich. Es fehlt an einem brauchbaren Unterscheidungsmerkmal der Einreden, die zur Abweisung führen, von denen, die hier interessieren. „Ausdrücklich" erwähnt wird die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nur in den §§ 274, 322 BGB. Überdies enthält eine Reihe der aufgeführten Bestimmungen, nämlich die §§ 1217, 1218, 1223, 1477, 1502, 1515 BGB., gar keinen Einredetatbestand.

II. Die im Urteil liegende Feststellung und ihr Verhältnis zum materiellen Recht.

§ 3.

I. Die Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug.

Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug stellt fest, daß der Beklagte Zug um Zug zu leisten verpflichtet ist. Eine derartige Verpflichtung bildet also den Kern eines jeden hier in Frage kommenden Urteils. Das Gesetz definiert in § 274 BGB. die Verpflichtung zur Erfüllung Zug um Zug als die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung. Diese Definition ist nicht erschöpfend, wenn man unter der ihm gebührenden Leistung die ihm geschuldete Leistung versteht. Es muß demgegenüber hervorgehoben werden, daß, wie auch allgemein anerkannt wird,[1] eine

[1] Ausdrücklich betont wird dies von Kohler, Arch. f. b. R. Bd. 13 S. 190 und in den Komm. zu § 298 BGB. (vgl. die Motive dazu II S. 73).

Verpflichtung Zug um Zug zu leisten, nicht notwendig mit beiderseitigen Verbindlichkeiten zusammenhängt, nicht voraussetzt, daß jeder Teil Gläubiger der gegnerischen Leistung ist, sondern schon dann vorliegt, wenn nur ein Teil verpflichtet ist, von diesem aber die Leistung nur gegen eine Leistung des anderen Teils gefordert werden kann. Diese, die typische Form der Verpflichtung zur Leistung gegen Gegenleistung, scheint in der gesetzlichen Definition des § 274 BGB. übersehen zu sein. Jene ist also zu eng oder doch irreführend. Das Reichsgericht[1] unterscheidet umgekehrt die Zug- um Zug-Leistung im technischen Sinne, also gemäß den §§ 274, 322, 348 BGB., von jenem weiteren Begriff. Wir bedürfen dieser Unterscheidung nicht, da sie im Urteil verschwindet. Die Verpflichtung zur Leistung gegen Gegenleistung kann auf Gesetz, sie kann auf einer ausdrücklichen Parteivereinbarung dieses Inhalts beruhen. Die geltende Vertragsfreiheit läßt den Parteien auch in diesem Punkte völlig freie Hand. Sehr häufig wird mangelnde Gesetzeskunde der Grund einer solchen Abrede sein.[2] Die Parteien können sich aber auch auf eine Zug-um-Zug-Leistung einigen, wo das Gesetz dergleichen nicht vorsieht. Eine solche bedungene Zug-um-Zug-Leistung veranschaulicht der in § 236 BGB. erwähnte Fall, daß der Gläubiger einer Buchforderung gegen das Reich oder einen Gliedstaat des Reichs („Bundesstaat") gegen Löschung seiner Forderung die Aushändigung bestimmter Wertpapiere verlangen kann. Hier finden die Bestimmungen für gesetzliche Zug-um-Zug-Leistungen entsprechende Anwendung. Zu einer besonderen Betrachtung dieser Fälle liegt kein Anlaß vor.

Zu der Verurteilung (zur Leistung Zug um Zug), die solche Verpflichtung feststellt, führen zwei verschiedene Wege. Sie wurden bereits in der Einleitung angedeutet. Wir unterscheiden die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nach dem Klagantrag und die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf Grund einer Retentionseinrede. Hier wie anderweit schließt sich das BGB. eng an die gemeinrechtliche Praxis an.

---

[1] VI. ZS. 11. Januar 1904 (Entsch. Bd. 56 S. 301 ff.; JW. 1904 S. 147).

[2] Vgl. dazu Oertmann in Bayr. Ztschr. für Rechtspfl. 1 S. 11.

§ 4.

2. Die Verurteilung nach dem Klagantrag

ist der Normalfall der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, der nichts Außergewöhnliches an sich hat, und darum auch in keinem Gesetze ausdrücklich erwähnt wird. Ist nach den Behauptungen des Klägers der Beklagte schuldig, zu leisten gegen eine andere Leistung und begehrt der Kläger die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, so muß der Richter (die Zulässigkeit der Klage vorausgesetzt) nach heutigem Prozeßrecht diesem Antrag entsprechen, wenn der Beklagte säumig ist oder keinen stichhaltigen Einwand vorschützt. Auch wenn das Prozeßgesetz für die Vollstreckung solcher Urteile keine Vorschriften gäbe, ja wenn solche Urteile infolge der Unvollkommenheit der Vollstreckungstechnik nicht vollstreckt werden könnten, dürfte der Richter dem Kläger nicht die verlangte Entscheidung verweigern, denn in jedem Falle bildet sie eine taugliche Unterlage für eine spätere Interesseklage. Der Kläger mag also selbst zusehen, wie er das Urteil verwerte.

Ohne Not wird der Gläubiger schwerlich diesen Weg einschlagen, um ein Urteil zu erhalten. Aber Ansprüche auf Leistung gegen Gegenleistung, die im Prozeß auf diese Weise geltend gemacht werden müssen, die also nicht erst durch eine Einrede diese Gestalt erhalten, sind im BGB. nicht eben selten, wenn sie auch praktisch wenig fühlbar werden. Solche Ansprüche sind in ihrer Existenz nicht bedingt durch die Bewirkung der Gegenleistung, können aber nur in bestimmter Form geltend gemacht werden, nämlich außergerichtlich durch gleichzeitiges Erbieten zur Gegenleistung, im Prozeßwege durch obengenannten Klagantrag.[1] Ist der Anspruch befriedigungsbedürftig, ist also die Leistung, wenn auch gegen Gegenleistung sofort zu bewirken, so ist der Antrag als mögliche Grundlage eines Urteils dem Anspruch auf Leistung schlechthin durchaus ebenbürtig. „Die Ver-

[1] In mißverständlicher Weise wird auch hier von einem „Erbieten zur Gegenleistung“ gesprochen, obgleich nur eine Prozeßhandlung in Frage kommt.

urteilung auf Grund solcher Ansprüche ist keine Ausnahme, die besonderer gesetzlicher Anordnung bedürfte."[1]

Dieser Anspruch war im preußischen Recht eine alltägliche Erscheinung. Denn § 271 des fünften Titels im ersten Bande des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten bestimmte:

„Wer die Erfüllung eines Vertrages fordert, muß nachweisen, daß er demselben von seiner Seite ein Genüge geleistet habe, oder warum er dazu erst in der Folge verbunden sei."

Die letztere Möglichkeit wurde sinngemäß, wenn auch vielleicht nicht wörtlich, dahin ausgelegt, daß, wenn kein Teil vorzuleisten noch vorgeleistet hatte, jeder Kontrahent auf Leistung gegen Gegenleistung zu klagen materiell berechtigt sei,[2] also nur einen Anspruch auf solche Leistung habe. Ein ähnliche Regelung war in § 365 des ersten Entwurfs zum BGB. vorgesehen. Das BGB. gibt bei gleicher Sachlage entsprechend der gemeinrechtlichen Theorie der exceptio non adimpleti contractus[3] jedem Kontrahenten einen Anspruch auf Leistung schlechthin.

Der typische Anspruch auf Leistung Zug um Zug ist daher nach geltendem Recht der Pfandlösungsanspruch[4] in seinen verschiedenen Formen. Ist ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache bestellt, so kann der Drittverpfänder, nicht der persönliche Schuldner,[5] Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§ 1223 Abs. 2 BGB.). Dasselbe kann der Verpfänder, mag er auch gleichzeitig persönlicher Schuldner sein, schon vor dem erwähnten Zeitpunkt verlangen, wenn seine Rechte, ungeachtet einer vorausgegangenen Abmahnung durch das Verhalten des

[1] Stein, Voraussetzungen S. 49; wenn auch nur mit Bezug auf die §§ 274, 322 BGB.

[2] Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht I S. 489ff.; auch Dernburg, Preuß. Privatrecht II S. 115.

[3] Vgl. auch oben S. 4 Anm. 3.

[4] Ich entnehme den Ausdruck dem Aufsatze Kohlers im Archiv für b. R. S. 273; siehe auch Wunderlich S. 40, 76ff.

[5] Dieser kann, auch wenn er die Sache verpfändet hat, den Pfandrückgabeanspruch regelmäßig erst nach vollzogener Tilgung der Pfandschuld erheben. Vgl. OLG. Bamberg I S. 24III 1906 (SA. 62 Nr. 58) und Staudinger zu § 1223 BGB.

Pfandgläubigers in erheblichem Maße verletzt werden (§ 1217 BGB.). Schließlich kann der Verpfänder auch Rückgabe des Pfandes gegen anderweitige Sicherheitsleistung verlangen,[1] wenn der Verderb oder eine wesentliche Wertminderung des Pfandes zu besorgen ist (§ 1218 Abs. 1 BGB.). Bei dem Schiffs- und Liegenschaftspfandrecht besteht ein Bedürfnis für eine den §§ 1217 Abs. 2, 1218 Abs. 1 BGB. entsprechende Vorschrift nicht, da hier der Pfandgläubiger nicht im Besitz der belasteten Sache ist. Dem § 1223 Abs. 2 BGB. entsprechen die §§ 1267 und 1144 in Verbindung mit 1142 Abs. 1 BGB. Danach kann der Verpfänder bzw. Eigentümer — auch der an der Berichtigung des Schiffsregisters rechtlich interessierte persönliche Schuldner — Aushändigung der zur Löschung erforderlichen Urkunden, eventuell des Hypotheken-(Grund-Rentenschuld-)briefes gegen Befriedigung des Gläubigers verlangen.

Ein ähnlicher Anspruch entsteht mit der Aufhebung der ehelichen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft nach den §§ 1477 Abs. 2, 1502 Abs. 2, 1515 Abs. 1 und 3 BGB. Hier handelt es sich nicht um Lösung von einer Belastung, sondern um Ablösung einer Gesamthandsberechtigung. Der Anspruch ist erst begründet nach Beendigung der Gemeinschaft, wenn diese also nur noch zum Zwecke der Auseinandersetzung zusammenhält und steht jedem Ehegatten, möglicherweise auch einem Abkömmling zu; er ist gerichtet auf Mitwirkung zur Übertragung einzelner oder sämtlicher Gesamtgutsgegenstände zu alleinigem Recht auf den Anspruchsberechtigten „gegen Ersatz des Wertes."

Ansprüche dieser Art, die ich noch in den §§ 798 S. 1, 1100 S. 2 BGB., a. 48 WO.[2] finde, unterscheiden sich von den

[1] Er „muß nicht" anderweitige Sicherheit leisten, wie Hellmann, Vorträge S. 190 meint. Irrig auch Schlegelberger S. 180: „Im Fall des § 1218 BGB. ist der Verpflichtete berechtigt, anderweitige Sicherheit zu gewähren, der Berechtigte verpflichtet, sie anzunehmen." Eine solche Verpflichtung zur Annahme ist zur Erreichung des Zwecks nicht notwendig und vom Gesetz mit keiner Silbe erwähnt.

[2] Der Inhaber einer beschädigten Schuldverschreibung auf den Inhaber kann die Erteilung einer neuen „gegen Aushändigung der alten", der Wechselschuldner die Aushändigung des mangels Zahlung protestierten Wechsels und des Protestes „gegen" Erstattung der Wechselsumme nebst

Ansprüchen auf Leistung schlechthin nicht durch den Inhalt des vom Beklagten geschuldeten Rechtserfolgs, sondern durch die Art, wie die Leistung geschuldet wird.

Wer Leistung fordert, obgleich er nur Leistung gegen Gegenleistung beanspruchen kann, fordert ein aliud, weil er alias fordert. Der Unterschied beider Ansprüche ist qualitativ, nicht quantitativ, denn der vom Schuldner geschuldete Rechtserfolg ist in beiden Fällen derselbe. Aber die Leistungspflicht ist schwächer, wenn der Schuldner nur gegen Gegenleistung zu leisten braucht. Beide Ansprüche sind verschieden. Daraus folgt, daß der Anspruch auf Leistung gegen Gegenleistung nicht mit der Geltendmachung des Anspruchs auf Leistung erhoben ist, noch umgekehrt. Die Klage des Verpfänders auf Rückgabe des Pfandes schlechthin ist bei der Sachlage des § 1223 Abs. 2 BGB. nicht schlüssig und muß der Abweisung verfallen. Ändert er den Antrag dahin, daß der Pfandgläubiger zur Rückgabe gegen die Schuldsumme verurteilt werde, so ändert er die Klage, beschränkt nicht nur seinen Antrag (§ 268 ZPO.).[1] Man wende nicht ein, daß die Verurteilung zur

---

Zinsen und Kosten", der herausgabepflichtige Käufer des vorkaufsrechtsbelasteten Grundstücks die Erstattung des berichtigten Kaufpreises gegen Herausgabe des Grundstücks fordern. Wie aus diesen Paragraphen und aus der parallelen Erscheinung des preußischen Rechts hervorgeht, ist es mit diesen Ansprüchen wohl vereinbar, daß der Schuldner die Gegenleistung, sei es auch nur gegen seine Leistung, beanspruchen kann. In der Mehrzahl der im Text angeführten Beispiele aus dem BGB. ist dies nicht der Fall (mit Ausnahme des letztgenannten § 1100 BGB., a 48 WO.). Es ist wegen Vollstreckung dieser Urteile nicht uninteressant, darauf hinzuweisen, daß hier ein Annahmeverzug des Gläubigers hinsichtlich der Gegenleistungen außerhalb des Bereichs der Möglichkeit liegt. Deckt sich der Inhalt der Gegenleistung mit einer dem Schuldner von anderer Seite geschuldeten Leistung (vgl. § 1223 Abs. 2 BGB.), so kommt der Schuldner gemäß § 267 BGB. nur dann in Annahmeverzug, wenn ihm die Gegenleistung so, wie er sie fordern kann, also nicht nur zum Austausch, angeboten wird.

[1] Der Beklagte, der gegenüber der schlüssig begründeten Klage auf Rückgabe des Pfandes einwendet, die Schuld sei noch nicht getilgt, er sei nur gegen Gegenleistung zu leisten verpflichtet, leugnet den Klaggrund, erhebt keine Einrede, wie Wunderlich, Verpfänder, Pfandeigentum und Pfandschuldner S. 41 meint. Das Erbieten zur Gegenleistung ist also in

Leistung Zug um Zug das Mindere gegenüber der beantragten Verurteilung zur Leistung ist.[1] Das soll nicht bestritten werden. Aber damit ist nicht gesagt, daß der Richter trotz des zu weitgehenden Antrags auf jene Verurteilung von Amts wegen zukommen müsse, wenn die glatte Verurteilung nicht begründet ist.[2] Denn mit dem Antrag auf Verurteilung zur Leistung ist der Anspruch auf Leistung gegen Gegenleistung nicht zur Entscheidung gestellt. Der Richter würde über den Klagantrag hinaus und nicht, wie man gewöhnlich annimmt, unter ihn herabgehen, wenn er einen Anspruch, der nicht geltend gemacht ist, zur Grundlage eines Urteils gegen den Beklagten machte.

Einen naheliegenden Vergleich bietet das Prozeßrecht. Obgleich jede Verurteilung eine Feststellung enthält, ist es auch bei vorliegendem Feststellungsinteresse nicht angängig, auf Feststellung, als das Mindere zu erkennen, wenn die Leistungsklage unbegründet ist. Denn „in der Erhebung des Leistungsanspruchs liegt nicht zugleich die Erhebung eines Feststellungsanspruchs.“[3]

Zu einer milderen Auffassung bekannte sich die preußische Praxis[4] vor 1900 bei der Klage auf Leistung aus gegenseitigen Verträgen. Das Gericht hielt sich für ermächtigt, auch ohne dahinzielenden Einwand des Beklagten auf Leistung gegen Gegenleistung zu erkennen. Nun ist zwar richtig, daß der Kläger faktisch nur Erfüllung des Vertrags, nicht mehr fordert, wenn er aber Leistung verlangt, klagt er nicht auf das, was ihm nach richterlichem Ermessen aus dem Vertrag zukommt, sondern erhebt einen bestimmten Anspruch. Steht ihm dieser nicht zu, so hätte logischerweise die Klage abgewiesen werden müssen. Mit Recht wurde die Praxis einer Verletzung des § 308 ZPO. bezichtigt.

---

diesen Fällen niemals antizipierte Replik der Einrede der mangelnden Gegenleistung.

[1] Vgl. Wach, Vorträge S. 58.

[2] So Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht I S. 491; Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 87, 310.

[3] Wach a. a. O. S. 137.

[4] So Förster-Eccius u. Dernburg a. a. O.; Stölzel, Schulung I S. 113f., 209; Stölzels Verteidigung der Praxis kann nicht über ihre Schwächen hinwegtäuschen. Das materielle Recht gebot nicht die Beschränkung der Klagbitte, sondern rechtfertigte lediglich die beschränkte Klagbitte.

Denn sie sprach dem Kläger einen Anspruch zu, der nicht geltend gemacht war.[1] Vor allem verwischte man auf diese Weise den Gegensatz zu der Verurteilung auf Grund einer Einrede.

Die Gegenleistung muß vom Kläger in den Prozeß eingeführt werden und zwar soll sie im Petitum zum Ausdruck kommen.[2] Der Klagantrag lautet sachgemäß auf Leistung Zug um Zug gegen die Gegenleistung. Es wird leider noch immer wiederholt, daß das Erbieten zur Gegenleistung bei der gerichtlichen Geltendmachung solcher Ansprüche zu den klagbegründenden Tatsachen gehöre,[3] und zwar im Gegensatz zu der Einrede, die in anderen Fällen eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug herbeiführt. Hier liegt ein Irrtum vor. Von einem Erbieten zur Gegenleistung kann bei dem Klagantrag auf Leistung gegen Gegenleistung ja nur in einem von der außergerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs hierher übertragenen Sinne gesprochen werden. Anspruchbegründend, wenn auch nur in dem Sinne, daß es den Anspruch fällig macht, ist aber dieses Erbieten niemals,[4] denn der Anspruch auf Leistung gegen Gegenleistung, also beispielsweise auf Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung, ist weder bedingt noch betagt. Er unterscheidet sich von dem Anspruch auf Leistung schlechthin nur durch die Form wirksamer Geltendmachung und diese Form ist wieder bei gerichtlicher und außergerichtlicher Geltendmachung verschieden. Außergerichtlich kann

[1] Vierhaus, ZPO. 20, 529; siehe auch Gaupp-Stein zu § 308 ZPO. Anm. 11. Die Polemik Stölzels I S. 209 N. 2 ist insofern berechtigt, als Vierhaus in dem Schweigen des Beklagten eine Einwilligung in Vorauszahlung erblickt. Doch darauf kommt es gar nicht an.

[2] Vgl. Förster-Eccius a. a. O.; Planck N. 3b zu § 1218 BGB.; Wunderlich S. 40, anders S. 77.

[3] Vgl. z. B. Staudinger, Bem. 3a zu § 1223 BGB.; Planck, Bem. 3b zu § 1223 BGB.; Crome, III. Bd. S. 842 Anm. 39; Biermann, Bem. 3 zu § 1223. Diese Formulierung veranlaßt Wunderlich a. a. O. S. 77f. in der Verteidigung des Pfandgläubigers, daß er noch nicht befriedigt sei, eine echte Einrede der Zurückbehaltung zu erblicken. Unhaltbar!

[4] Anders, wenn nach früherem Rechte auf Grund des Erbietens zur Gegenleistung glatte Verurteilung begehrt wurde (Motive BGB. II S. 201). Hier begründete allerdings die Behauptung, angeboten zu haben, den Klaganspruch. Doch wird in diesem Falle nicht geklagt „mit“ dem Erbieten zur Gegenleistung.

der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung wirksam nur erhoben werden, wenn sich der Gläubiger gleichzeitig zur Leistung erbietet. Die bloße Aufforderung des Verpfänders an den Pfandgläubiger, das Pfand zurückzugeben, mag sie auch unter Hinweis darauf geschehen, daß der Verderb des Pfandes bevorsteht oder der Pfandgläubiger seine Pflichten verletzt, ist keine wirksame Mahnung und versetzt den Pfandgläubiger nicht in Verzug. Verweigert dieser die Rückgabe, oder beachtet er die Aufforderung nicht, so beruft er sich damit auf sein Pfandrecht, also auf sein Recht zum Besitz. Dieses aber, das wird vorausgesetzt, ist nicht bestritten. Will daher der Verpfänder seine Rechte aus den §§ 1223 Abs. 2, 1217 Abs. 2, 1218 Abs. 1 BGB. wirksam geltend machen, so muß er mit der Mahnung das Angebot der Gegenleistung, der Befriedigung oder anderweitigen Sicherstellung verbinden. Ein wörtliches Angebot genügt in der Regel nicht. Für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs auf Leistung gegen Gegenleistung ist dagegen nur die entsprechende Fassung des Klagantrags von Belang. Ein eigentliches Erbieten zur Gegenleistung kommt hier nicht in Frage. Die gegenteilige Meinung[1] argumentiert so, daß an sich auch in diesem Falle ein tatsächliches Angebot der Gegenleistung erforderlich sei, daß aber ein wörtliches Angebot genüge, wenn vorauszusehen sei, daß der Schuldner die Gegenleistung nicht annehmen werde, da ein tatsächliches Angebot an Gerichtsstelle eine zwecklose Formalität sei. In Konsequenz dieser Anschauung müßte man den Beklagten auf Grund des Erbietens nicht zur Leistung Zug um Zug, sondern[2] zur Leistung schlechthin verurteilen. Dann könnte man in der Tat von dem Erbieten als von einer klagbegründenden Tatsache reden.[3] Dieses Ergebnis ist aber unvereinbar mit der

[1] Vgl. z. B. Urteil des II. Sen. ROHG. vom 16. März 1872 (Entsch. Bd. 5 S. 287 f.).

[2] Wie das vom RG. (Urteil I. Hilfs-S. vom 9. April 1880 zu § 271 PrALR. I 5) in der bei Gruchot Bd. 25 S. 108 abgedruckten Entscheidung reformierte Untergericht.

[3] Ob die Gegenleistung vor Klagerhebung angeboten wurde, ist für die Kostenentscheidung wichtig, die Klageveranlassung kann fehlen. Muß der Schuldner, der Zahlung gegen Gegenleistung schuldet, Prozeßzinsen

Voraussetzung, daß der Kläger nur einen Anspruch auf Leistung gegen Gegenleistung hat und einen Anspruch auf Leistung schlechthin auch nicht durch das Angebot der Gegenleistung gewinnt. Der Analogieschluß von der außergerichtlichen auf die Art der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs ist also undurchführbar, wie auch der Versuch, ihn logisch zu begründen, daran scheitern müßte, daß der Kläger den Beklagten nicht zur Leistung, sondern zur Verhandlung über die Existenz des behaupteten Rechtsschutzanspruchs[1] ladet, daß er vor Gericht nicht die Leistung, sondern die Bejahung seines Anspruchs sucht. Für diesen Erfolg ist es allein wesentlich, ob der Kläger den Anspruch in richtiger Weise, nämlich durch den Antrag auf Verurteilung zur Leistung gegen Gegenleistung erhoben hat, nicht aber, ob er sich zur Gegenleistung erbietet oder schon erboten hat. In der Begründung finden nur die Tatsachen Platz, welche die Höhe und Art der Gegenleistung bestimmen.

Aus dem Gesagten darf nicht gefolgert werden, daß die im Urteil festgesetzte Gegenleistung der im Antrag genannten genau entsprechen müsse. Sie muß nach Art und Höhe bestimmt[2] sein, weil das Gesetz einen bestimmten Antrag verlangt (auch in den Fällen der §§ 1477, 1502, 1515 BGB.), doch kann der Richter, wenn sie in einer Quantität vertretbarer Sachen besteht, darüber hinausgehen.[3] Der Umfang der Gegenleistung bestimmt den „Betrag" des Anspruchs im Sinne des § 304 Abs. 1 ZPO. Es kann sonach durch Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs vorab entschieden werden. Dagegen hat sich das Reichsgericht[4] aus-

zahlen? Die Frage ist wenig praktisch. Vgl. aber § 1100 Satz 2 BGB. Ich glaube: nein, denn eine Geldschuld im strengen Sinne liegt nicht vor.

[1] Auf die Theorie vom Rechtsschutzanspruch und die Streitfragen, die sich daran knüpfen, kann hier nicht eingegangen werden. Der Verfasser steht im wesentlichen auf dem Boden der von Wach, Handbuch S. 19f. begründeten Lehre.

[2] Vgl. auch Planck N. 3b zu § 1217 BGB.

[3] Herabsetzen kann er sie ohne Parteiantrag nicht, da er damit über den Klagantrag hinausgehen und dem Kläger etwas zusprechen würde, was er nicht beantragt hat.

[4] Urteil V. ZS. vom 12. April 1905. (Entsch. Bd. 60 S. 368.) Ebenso Gaupp-Stein zu § 304 I, 1. Die von Stein daselbst zitierte Entscheidung

gesprochen. Ohne stichhaltigen Grund. Denn ein Anspruch, der seinem Betrag nach streitig sein kann, und nur auf solche Ansprüche ist § 304 ZPO. anwendbar, ist eben nicht nur der Anspruch auf Zahlung oder Lieferung vertretbarer Sachen, sondern auch der Anspruch auf eine certa res gegen Zahlung oder Lieferung vertretbarer Sachen,[1] mag bei der Abfassung des Gesetzes an diesen Anspruch auch nicht gedacht worden sein.[2] Er ist zwar nicht auf eine Summe, sondern auf das Mehrfache oder den Bruchteil der Einheit: Anspruch auf x gegen 1, gerichtet. Dadurch wird prinzipiell nichts geändert. Denn es wird schwerlich bestritten werden, daß der Anspruch auf x gegen 1 den zehnfachen Betrag des Anspruchs auf x gegen 10 hat. Das Gesetz spricht in § 304 ZPO. nicht von Summenansprüchen.

Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nach dem Klagantrag, soweit wir sie bisher kennen gelernt haben, entsprach einem Anspruch auf Leistung gegen Gegenleistung. In einem Falle ist dies nicht erforderlich. Da der Anspruch auf Leistung gegen Gegenleistung schwächer ist als der Anspruch auf dieselbe Leistung schlechthin, so folgt daraus, daß der Schuldner, der pure zu leisten hat, auch verpflichtet ist, zu leisten gegen eine wie immer geartete Gegenleistung. Mit denselben Tatsachen, die jenen Anspruch stützen, läßt sich auch dieser begründen. Das wird praktisch, wenn der Gläubiger Leistung schlechthin verlangen

---

des V. ZS. vom 29. April 1903 (Entsch. RG. 54 S. 341) behandelt diese Frage nicht. Obwohl damals der Kläger nach erklärter Anfechtung des Kaufvertrags auf Entgegennahme der Rückauflassung wie des Grundstücks selbst gegen Wiederaufnahme der auf den Kläger übergegangenen Hypothekenschulden und Rückzahlung von 12000 Mk. nebst Zinsen geklagt hatte — das Berufungsgericht hatte durch Zwischenurteil den Kaufvertrag für nichtig erklärt —, begehrt der Kläger keine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, sondern Verurteilung zu mehreren verschiedenen Leistungen.

[1] Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt Weismann, Feststellungsklage S. 128 bei der Betrachtung der Verurteilung zur Leistung gegen eine noch zu liquidierende Gegenleistung: „. . . begrifflich ist es hier immer doch die Leistung des Beklagten, welche nicht liquid steht."

[2] Wie aus den Motiven ersichtlich, wurde geflissentlich eine möglichst allgemeine Bezeichnung der unter § 304 ZPO. entfallenden Ansprüche gewählt. Vgl. S. 219 (Hahn II, S. 285).

kann, und gleichwohl aus Rechtsunkenntnis oder anderen Motiven, z. B. um der Einrede des Beklagten, daß er nur zur Leistung Zug um Zug verpflichtet sei, zuvorzukommen,[1] in seinem Antrag nur Verurteilung zur Leistung gegen Gegenleistung begehrt, somit selbst die richterliche Kognition darüber, ob er Leistung schlechthin verlangen könne, ausschließt. Ne eat judex ultra petita partium. Das gilt hier wie bei jedem Klagantrag. Es wird daher in solchem Falle, falls nicht der Richter auf eine „Erweiterung" des Klagantrags nach § 268 Ziff. 2 ZPO. hinwirkt, eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug erfolgen, obgleich der Beklagte nicht nur zu dieser Leistung verpflichtet ist. Insoweit entbehrt das Urteil möglicherweise besonderer Voraussetzungen aus materiellrechtlichem Gebiete. Geltend gemacht ist dann nur ein Anspruch auf Leistung gegen Gegenleistung. Da er aber dem Grunde nach identisch ist, mit dem nach materiellem Recht begründeten Anspruch auf Leistung schlechthin, nämlich die Rechtsfolge desselben Tatbestands und auf dasselbe Ziel gerichtet ist, so wird dieser Anspruch durch die Rechtskraftwirkung im Erfolg, wenn auch nicht materiellrechtlich, auf einen solchen auf Leistung Zug um Zug beschränkt. Denn es ist undenkbar, daß jenem Tatbestand beide Ansprüche nebeneinander entspringen, daß also jemand dieselbe Leistung sowohl gegen Gegenleistung wie schlechthin zu fordern berechtigt ist.

Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug erfolgt nach dem Klagantrag, weil der Schuldner zur Leistung gegen Gegenleistung, wenn auch vielleicht nicht nur zu solcher Leistung verpflichtet ist. Der Inhalt der im Urteil enthaltenen Feststellung ist in beiden Fällen derselbe. Von dem hier vertretenen Standpunkte aus kann es insbesondere gar keinem Zweifel unterliegen, daß, auch wenn der Kläger zur Bewirkung der Gegenleistung verpflichtet ist, das Urteil, das nach dem Klagantrag auf Leistung gegen Gegenleistung erkennt, nur die Verpflichtung des Beklagten rechtskräftig feststellt. Es kann sein, daß der Kläger mit seinem

[1] Wach, Handbuch S. 374 erblickt hier in dem Erbieten zur Gegenleistung eine Antizipation der Replik der Erfüllungsbereitschaft. Von einer echten Replik kann aber dann keine Rede sein, wenn schon die Einrede die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug begründet.

Recht zugleich seine Pflicht urteilsmäßig bejaht wissen will.[1] Aber dieser Wille ist mit jenem Antrag nicht in prozeßordnungsmäßiger Form, wie es durch einen Feststellungsantrag geschehen wäre, zum Ausdruck gebracht.[2] Die Verpflichtung des Klägers wird dem Gericht so nicht unterbreitet. Aus dem Antrag auf Verurteilung zur Leistung gegen Gegenleistung geht vielmehr nur hervor, daß der Kläger einen „inhaltlich beschränkten", weil nur unter gewissen Voraussetzungen durchsetzbaren Anspruch erhebt.

§ 5.

3. Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf Grund einer Retentionseinrede.

In anderen Fällen hat die Geltendmachung einer Einrede gegenüber der Klage auf Leistung die Wirkung, daß der Schuldner nur zur Leistung Zug um Zug gegen die Gegenleistung verurteilt wird. Das Urteil entspricht nicht dem Klagantrag. Statt der erstrebten glatten Verurteilung erhält der Kläger ein Urteil, das die Verpflichtung des Beklagten als eine nur Zug um Zug zu erfüllende feststellt und dementsprechend ihm zu leisten aufgibt. Die Einrede, die diesen Erfolg hat, ist stets eine Retentions-

[1] Wach, Handbuch I S. 14.

[2] Ebenso Stein, Urkundenprozeß S. 76f. Aber die Begründung, daß auch die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf Grund einer Retentionseinrede bei beiderseitigen Verbindlichkeiten die Verpflichtung des Klägers nicht rechtskräftig feststelle und dieses Urteil mit dem im Text genannten schlechthin identisch sei, ist unzulänglich. Der Umfang der Rechtskraft in bezug auf rechtsverfolgende Einreden wird vom positiven Recht nach Zweckmäßigkeitsgründen geregelt. Es wäre denkbar, daß der Anspruch des Beklagten auf eine Gegenleistung, wenn er einredeweise geltend gemacht wird, in der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug rechtskräftig festgestellt würde. Dann würde von der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nach dem Klagantrag dasselbe nicht gesagt werden können. Es ist nicht notwendig, daß das Urteil in beiden Fällen denselben Feststellungsgehalt habe, ebenso wie auch die Verurteilung zur Leistung schlechthin äußerlich sich nicht unterscheidet, mag sie nun lediglich über den Anspruch oder zugleich über den aufrechnungsweise geltend gemachten und aberkannten Gegenanspruch ergehen.

einrede,[1] denn das Retentionsrecht ist eben die Einrede, deren Geltendmachung gegenüber der Klage auf Leistung nicht zur Klagabweisung, sondern zur Verurteilung zur Leistung gegen Gegenleistung führt.[2]

Das Retentionsrecht ist ein Rechtsverfolgungsmittel, eine rechtsverfolgende Einrede.[3] Indem das Gesetz dem Schuldner eine solche Einrede gewährt, erkennt es ihm ein Recht auf die Gegenleistung zu. In der Mehrzahl der Fälle, so bei der Einrede der Zurückbehaltung und der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach BGB., ist die Einrede dem Schuldner um deswillen verliehen, weil ihm aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, ein fälliger, im Wege selbstständiger Klage verfolgbarer Anspruch auf die Gegenleistung zusteht. Auf Grund besonderer Vorschrift steht jedoch zuweilen die gleiche Befugnis auch beim Fehlen jener Voraussetzung dem Schuldner zu, und ist dann für ihn das vorläufig einzige Mittel, die Gegenleistung zu erzwingen.

Es wird zunächst davon die Rede sein, daß dem Schuldner neben der Einrede ein befriedigungsbedürftiger Anspruch auf die Gegenleistung zusteht. Doch darf nicht übersehen werden, daß diese Besonderheit nicht wesentlich ist. Denn der Schuldner, dessen Einrede ein Anspruch korrespondiert, macht mit der Einrede nicht den Anspruch geltend,[4] sondern will nur seine Ver-

[1] Ich spreche von dem Retentionsrecht und nicht vom Zurückbehaltungsrecht, weil das Gesetz nach § 273 Abs. 1 BGB. mit der Bezeichnung „Zurückbehaltungsrecht" einen besonderen engeren Begriff verbindet.

[2] Ähnlich schon Dernburg, Kompensation S. 365, auch Groskopff, § 12 S. 71f. Wenn Langfeld, S. 149 gegen Dernburg a. a. O. einwendet, daß er nur eine Beschreibung der faktischen Wirkung des Retentionsrechts liefere, so vergißt er, daß in der Wirkung die Besonderheit dieser Einrede liegt und daß, wie Windscheid § 351 (II S. 498) betont, die Frage, wenn ein Retentionsrecht begründet sei, sich durch Aufstellung einer allgemeinen Regel nicht beantworten läßt. Langfelds Erklärung (S. 157), das Retentionsrecht bestehe in der Befugnis, einen Willen, der an sich rechtliche Anerkennung erheischt, einstweilen zurückzudrängen und ihn zu hindern, sich zu entfalten, gibt uns Steine statt Brot.

[3] So Thon, Rechtsnorm S. 267f u. S. 272 N. 105.

[4] Anders Thon, Rechtsnorm S. 268: „Die exceptio non adimpeti contractus bedeutet Erhebung eines Gegenanspruchs."

pflichtung beschränken, wie er auch umgekehrt mit der Einrede nicht seinen Anspruch beschränkt oder gar diesen der Entscheidung unterbreitet.[1] Es ist irreführend, in diesem Zusammenhange von einem Recht des Schuldners als solchen auf Leistung Zug um Zug zu sprechen.[2] Wo das Gesetz ihm eine Einrede verleiht, die die Beschränkung seiner Verpflichtung zum Gegenstande hat, hat er die Befugnis, die von ihm geforderte, unbeschränkte Leistung zu verweigern, nicht aber ein subjektives zivilistisches Recht darauf, Zug um Zug gegen die Gegenleistung auf seine Leistung belangt zu werden. Wohl aber hat er, wie ein anderer Schuldner gegenüber der plus petitio, einen begründeten Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz gegenüber der Klage, mit der der Gläubiger reine Leistung verlangt.

A. Die §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB.

α) Anwendungsgebiet.

Nach § 274 Abs. 1 BGB. hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber der Klage des Gläubigers nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung Zug um Zug zu verurteilen ist. Das Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 273 BGB. „begründet" weder eine verzögerliche Einrede,[3] noch kann es „nur durch Einrede geltend gemacht werden,"[4] sondern es ist nach richtiger Ansicht[5] die Einrede, mit der der Schuldner die geschuldete Leistung bis zur Bewirkung einer ihm geschuldeten konnexen Leistung des Gläubigers verweigern darf. Dafür spricht nicht nur die Aufzählung in § 202 Abs. 2 BGB., sondern auch

[1] Wenn das positive Recht die Rechtskraft der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf Grund der Retentionseinrede auf den Gegenanspruch erstrecken würde, ließe sich dies nur so konstruieren, daß das Gesetz einen Feststellungsantrag fingiert.

[2] So z. B. Hellwig, Anspruch S. 375; Gaupp-Stein zu § 756 ZPO. Bem. Ia; Vierhaus in Zeitschr. für D. Z. P. 20 S. 539, auch a 94 Abs. 2 EG. BGB.

[3] So Dernburg, Bürg. Recht II, 1 S. 125.

[4] So Cosack, Lehrbuch I § 79 S. 297.

[5] So Crome, System I § 124 S. 545 Anm. 1; Langheineken, Anspruch und Einrede S. 328; A. M. Endemann, Lehrbuch I S. 519 Anm. 46.

die Wendung: ist berechtigt, die Leistung zu verweigern, mit der das Gesetz regelmäßig eine Einrede im technischen Sinne einführt.

Es sei bemerkt, daß die in § 274 Abs. 1 BGB. normierte Wirkung dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht der §§ 369 ff. HGB. nicht versagt werden darf. Durch die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug wird dem zurückbehaltungsberechtigten Kaufmann die Klage auf Gestattung der Befriedigung nicht abgeschnitten. Denn der Anspruch auf Herausgabe ist mit der Verpflichtung, die Befriedigung zu gestatten, verträglich und wird erst durch die Befriedigung selbst hinfällig.[1]

Die gleiche Wirkung wie die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts hat nach § 322 Abs. 1 BGB. gegenüber der Klage auf Leistung aus einem gegenseitigen Vertrag, nach dem kein Teil vorleistungspflichtig ist,[2] die Geltendmachung des dem anderen Teil zustehenden Rechtes, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, oder, wie § 202 Abs. 2 BGB. in wörtlicher Übertragung der gemeinrechtlichen exceptio non adimpeti contractus[3] sagt, die Geltendmachung der „Einrede des nicht erfüllten Vertrags." Diese Einrede mit der Wirkung der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ist auch dem Vorleistungspflichtigen gegeben, wenn nach dem Abschluß des Vertrags in den Vermögensverhältnissen des klagenden Gegners eine wesentliche Verschlechterung eingetreten ist, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird (§ 321 BGB.).[4]

---

[1] Ebenso Schlegelberger S. 194; Staub zu § 369 HGB. Anm. 64 („Einrede") auch M. Rehbein, BGB. II S. 91.

[2] An diesen Normalfall wird im folgenden allein zu denken sein, wenn von dem gegenseitigen Vertrag und der Einrede des nicht erfüllten Vertrags schlechthin gesprochen wird.

[3] Diese Bezeichnung ist angeblich zuerst von Zanger in seinem tractatus de exceptionibus 1586 gebraucht worden.

[4] Daß der Vorleistungspflichtige trotz dieser Sachlage, ehe er geleistet hat, weder einen Anspruch auf Leistung, noch einen solchen auf Leistung Zug um Zug hat, sollte nach den eingehenden Ausführungen des Reichsgerichts (Entsch. d. RG. Bd. 53 S. 62: III. ZS. vom 21. November 1902) nicht mehr bestritten werden. Dagegen Staub in DJZ. 1903 S. 388; Dietrich, Die Klage des Vorleistungspflichtigen DJZ. 1904, S. 1078 bis 1080: Düringer-

Hat der Kläger vorzuleisten, ohne daß dies aus der Klage hervorgeht, so kann der Beklagte von der Einrede Gebrauch machen und damit auf sein besseres Recht verzichten. Geht die Vorleistungspflicht des Klägers aber aus den Behauptungen der Klagschrift hervor, so kann eine Verurteilung nur nach Maßgabe des § 322 Abs. 2 BGB. erfolgen. Diese Verurteilung zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung ist nicht identisch mit der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug.[1]

Der § 322 BGB. findet kraft Gesetzes in einer Reihe von Fällen analoge Anwendung. Das gilt nicht von der Vorschrift des § 440 Abs. 1 BGB. Der Kauf im weitesten Sinne, das ist der Vertrag, der auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet ist (vgl. §§ 433, 445, 493 BGB.) Tausch (§ 515 BGB.) und Werkvertrag (§ 631 BGB.) sind nach dem Gesetz die wichtigsten Erscheinungsformen Zug um Zug zu erfüllender gegenseitiger Verträge. Die Bestimmungen der §§ 320 ff. BGB. sind ohne weiteres auf diese Rechtsinstitute anwendbar. Darum spricht das Gesetz in § 440 Abs. 1 BGB. Selbstverständliches aus, wenn es für die Durchsetzung der Haftung des Verkäufers wegen Mängeln im Rechte auf das Recht der gegenseitigen Verträge verweist. Dagegen ist für die entsprechende Anwendung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift gesorgt bei der Durchsetzung der sich bei der Ausübung des Rücktrittsrechts ergebenden gegenseitigen Verpflichtungen (§ 348 BGB.) und in Anwendung dieser Bestimmung bei der Wandelung des Kaufs (§ 467 BGB.), Tausches und Werkvertrags (§§ 515, 634 BGB.).[2] In allen diesen Fällen stehen

---

Hachenburg, HGB. III S. 84. Ganz abwegig geben die Letztgenannten dem Vorleistungspflichtigen eine Klage auf Leistung oder Sicherheit gegen seine Leistung. Ein Anspruch auf Sicherheitsleistung ist unhaltbar.

[1] So vor allem Riess bei Gruchot 51 S. 584f.; Hellwig, Anspruch S. 376; a. M. Dernburg, BR. II § 93 a. E.

[2] Ob der § 3 des Gesetzes vom 16. Mai 1894, betr. die Abzahlungsgeschäfte gleichfalls gemäß § 348 Satz 2 BGB. auszulegen ist, kann fraglich erscheinen. Ich möchte es bejahen. Ohne zwingenden Grund sollte man in einer lex specialis, auch wenn sie älteren Datums ist, keine besondere Rücktrittswirkung annehmen. — Dagegen kann der Anfechtungsgegner gegenüber der Klage des Konkursverwalters seine Leistung nicht davon

sich Verpflichtung und Gegenverpflichtung, Leistung und Gegenleistung gegenüber, und, wie beim gegenseitigen Vertrag, wo jeder Teil nur um der Gegenleistung willen seine Leistung verspricht, beide Leistungen ausgetauscht werden sollen, so soll hier, wo der Austausch rückgängig gemacht werden soll, kein Teil gezwungen werden, seine Leistung zu bewirken, solange er nicht die sichere Aussicht auf die ihm geschuldete Leistung hat. In dem uns interessierenden Punkte ist also die Rechtslage dieser Tatbestände, der der Einrede des nicht erfüllten Vertrags völlig konform. Wir werden uns daher im allgemeinen damit begnügen, von dieser Einrede zu sprechen.

Das Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nicht erfüllten Vertrags haben seit dem Inkraftreten des Gesetzbuchs im Mittelpunkte der Erörterung gestanden, wenn von der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug die Rede war.[1] Sie sind beide Erscheinungsformen des Retentionsrechts[2] und haben beide ihren Rechtsgrund in der Befriedigungsbedürftigkeit eines fälligen Anspruchs des Schuldners auf die Gegenleistung.

Ob es allerdings gerechtfertigt ist, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags als eine Unterart des Zurückbehaltungsrechts zu kennzeichnen,[3] wie es das Gesetz in § 320 Abs. 1 Satz 3 BGB. tut, erscheint mir zweifelhaft. Denn der Austausch zweier Leistungen zur Befriedigung gleichzeitig gegenüberstehender Ansprüche, der in beiden Fällen vom Gesetzgeber erstrebt wird, entspricht beim gegenseitigen Vertrag der genetischen Abhängig-

---

abhängig machen, daß ihn die in der Masse befindliche Gegenleistung zurückgewährt, oder die Bereicherung der Masse herausgegeben wird. Die Anfechtung ist kein Rücktritt. Und auch ein Zurückbehaltungsrecht ist dem Anfechtungsgegner nicht gegeben. Er ist Massegläubiger. Das genügt. Auch fehlt es an einem fälligen Anspruch. Ebenso Jaeger, KO. § 38; Kohler, Leitfaden S. 144; Falkmann S. 586; a. M. Schlegelberger S. 190; Petersen-Kleinfeller zu § 38 KO.

[1] Vgl. oben S. 7 Anm. 1.

[2] Auch Dernburg, Bürg. Recht II § 94 N. 4 bezeichnet die Einrede des nicht erfüllten Vertrags als Nebenart der Einrede des Zurückbehaltungsrechts. Dafür spricht auch die Nebeneinanderstellung in § 202 Abs. 2 BGB.

[3] So Hellwig, Lehrbuch I S. 257; Anspruch S. 374 Anm. 3. Dagegen Langheineken, Anspruch S. 335 f.; Crome, System I S. 547.

keit beider Verbindlichkeiten, während er sich beim Zurückbehaltungsrechte, der exceptio doli des gemeinen Rechts, nur mit Billigkeitserwägungen begründen läßt.[1]

Es kann nicht die Aufgabe dieser Abhandlung sein, die praktischen Anwendungsfälle des Zurückbehaltungsrechts und der Einrede des nicht erfüllten Vertrags an der Hand des Gesetzes aufzuzählen, zumal keine derartige Zusammenstellung Anspruch auf Vollständigkeit erheben könnte. Ob eine solche Einrede vorliegt, kann nur durch Subsumtion der einzelnen Tatbestandselemente unter den Begriff des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB. oder den des gegenseitigen Vertrags ermittelt werden. Der Wortlaut des Gesetzes ist nicht entscheidend. Das scheint für das Zurückbehaltungsrecht noch nicht genügend beachtet zu werden. Die Schwierigkeit liegt vor allem darin, daß das Gesetz neben dem technisch sog. Zurückbehaltungsrecht ein Retentionsrecht im weiteren Sinne kennt. In anderen Fällen, in denen das Gesetz von einer Zurückbehaltungsbefugnis spricht, z. B. §§ 803, 1428, 1585 BGB., handelt es sich um bloße Kürzungseinreden, die zu teilweiser Klagabweisung, niemals aber zu einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug führen. Das hat neuerdings überwiegende Anerkennung gefunden.[2]

Da die Retentionseinrede in den im vorstehenden genannten Arten mit einem Gegenanspruch zusammenhängt, ist es denkbar, daß die Einrede versagt, wenn der Retinent als Gläubiger der Gegenleistung in Annahmeverzug gerät, daß also in diesem Falle dem Kläger trotz der Einrede die Verurteilung zur Leistung schlechthin gewahrt werden muß. Das war die Meinung des gemeinen, des preußischen und des sächsischen Rechts.[3] Eine solche

[1] Dieser inhaltlichen Verschiedenheit wird das Gesetz eben durch die Bestimmung des § 320 Abs. 1 Satz 3 gerecht. Vgl. Motive II S. 43.

[2] Vgl. Langheineken, Anspruch S. 333 f. und die dort Zitierten; Schlegelberger, Zurückbehaltungsrecht S. 101; a. M. für § 803 Kohler, Lehrbuch S. 194; für die §§ 1428, 1585 Fischer-Henle (7) Anm. 7 zu § 202 BGB.; Hellmann, Vortr. S. 204 f.

[3] Windscheid, Pandekten § 321, I, ALR. I, 5 § 271, sächs. GB. § 859, speziell für den gegenseitigen Vertrag. Auch Kohler, Annahme und Annahmeverzug bei Ihering 17 S. 386.

Regelung hat das Gesetz nicht getroffen. Die Motive[1] erachten es für bedenklich, schon an die mora accipiendi die das Wesen des Rechts aus dem gegenseitigen Vertrage angeblich ändernde Wirkung zu knüpfen, daß der andere Teil die ihm geschuldete Leistung unter Absehen von der ihm obliegenden Leistung verlangen dürfte, und lehnen diese Wirkung des Annahmeverzugs ab. Aus dem Zwischensatze im § 273 Abs. 1 BGB., „sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnisse ein anderes ergibt," kann für diese Frage nichts entnommen werden, da er nur die Voraussetzungen umgrenzt. Ein argumentum e contrario aus § 274 Abs. 2 spricht dafür, daß durch den Annahmeverzug an der Wirkung der Einrede auf das Urteil nichts geändert wird. Dem hat sich die herrschende Lehre angeschlossen.[2] Mit Recht. Es ist daran festzuhalten, daß die Einrede in dem Gegenüberstehen von Anspruch und Gegenanspruch ihren Grund hat, daß aber an diesem Verhältnis durch den Annahmeverzug des Beklagten nichts geändert wird. Die Haftung des Gläubigers für die Gegenleistung wird durch den Annahmeverzug zwar erleichtert und der Umfang der Gegenleistung kann darunter leiden, die Fälligkeit des Gegenanspruchs wird aber nicht beseitigt. Es ist daher nur eine Frage der Zweckmäßigkeit, ob dem in Annahmeverzug befindlichen Beklagten die Einrede versagt werden soll.[3] Da aber vom Gesetz eine Ausnahmebestimmung weder für das Zurückbehaltungsrecht noch für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorgesehen ist, so ist die Frage zu verneinen. In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht wiederholt entschieden.[4] Der Beklagte wird also trotz seines Annahmeverzugs zur Leistung Zug um Zug

[1] Bd. II S. 201 zum 1. Entwurf. Vgl. dazu die Kritik Kipps, Verurteilung S. 68ff.

[2] Hellwig, Lehrbuch I S. 257; Anspruch S. 375; die Komm. zu den §§ 274, 322 BGB. und Kohler, Arch. für bürg. Recht 13 S. 273, der die Neuerung des BGB. mit den Fortschritten des Prozeßrechts begründet.

[3] Anders Langheineken, Anspruch S. 329 für das Zurückbehaltungsrecht! „Aus dem Begriff des Zurückbehaltungsrechts ergibt sich ein allgemeiner Erlöschungsgrund desselben, nämlich die Anbietung der Gegenleistung seitens des Gläubigers."

[4] V. ZS. 28. Mai 1902 (Entsch. 51 S. 368, SA. 58 Nr. 50), II. ZS. 18. Dezember 1903 (SA. 59 Nr. 149, JW. 1904 S. 90).

verurteilt. Ist der Kläger freilich als Schuldner der Gegenleistung zur Herausgabe eines Grundstücks, das er „besitzt", verpflichtet, und macht er von seinem Preisgaberecht nach § 303 BGB. vor dem Urteil Gebrauch, genauer, macht er die erfolgte Preisgabe geltend, so ist er befreit und es erfolgt glatte Verurteilung. Also nicht der Annahmeverzug an sich, sondern die Ausnutzung der dem Schuldner der Gegenleistung aus ihm erwachsenen Vergünstigung führt hier zu einer anderen Rechtsfolge. Bei anderen Leistungsbefugnissen ist das Interesse des Schuldners durch die Hinterlegungsbefugnis (§§ 372 ff. BGB.) genügend gewahrt. Die beschränkte Verurteilung wird durch die Hinterlegung nicht notwendig vermieden. Selbstverständlich schließt diese die Einrede aus, wenn sie wie die Befriedigung wirkt (vgl. § 378 BGB.). Andernfalls steht dem Kläger keine Replik der Verweisung auf die hinterlegte Sache zu. Denn mit der Einrede macht der Beklagte nicht seinen Anspruch geltend. Das Urteil lautet daher ohne Rücksicht auf die Hinterlegung auf Leistung gegen Empfang der Gegenleistung. Ist die Hinterlegung gemäß § 373 BGB. mit dem Vorbehalt erfolgt, daß das Recht des Gläubigers der Gegenleistung zum Empfang der hinterlegten Sache von der Bewirkung seiner Leistung abhängig sein soll, so hängt die weitere Entwicklung der Dinge davon ab, welcher Teil die Initiative ergreift. Man sieht, auf das Interesse des in Annahmeverzug befindlichen Einredeberechtigten ist weitgehende Rücksicht genommen. Darin kann kein Mangel des Gesetzes erblickt werden, wenn man bedenkt, daß der Annahmeverzug des Beklagten in der Regel nach § 298 BGB., also dadurch eingetreten sein wird, daß er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit war, die verlangte Gegenleistung aber, um die er jetzt verklagt ist, nicht anbot. Er wird das unterlassen haben, weil er die Forderung des Klägers bestritt, also eine richterliche Entscheidung über ihre Existenz verlangte. Es ist nur billig, daß ihm das Gesetz die Möglichkeit nicht abschneidet, für den Fall, daß seine Verpflichtung als zu Recht bestehend anerkannt wird, die Einrede der mangelnden Gegenleistung noch vorzuschützen.

β) Inhalt.

a) Die §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB. sind keine Ausnahmebestimmungen.

Die Auslegung der §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB. ist zu einem abschließenden Ergebnis noch nicht gelangt. Eins steht fest. Die Klage, mit der der Gläubiger sein Recht auf Leistung verfolgt, ist auf Verurteilung zur Leistung schlechthin gerichtet, aber nicht diese, sondern nur die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ist nach dem Gesetz begründet. Man kann danach von einer beschränkten Verurteilung[1] sprechen. Falsch ist jedoch die im gemeinen Recht übliche und auch heute noch nicht überwundene Charakterisierung des Urteils als bedingte Verurteilung.[2] Zwar dachte man dabei nicht an eine inhaltlich bedingte Entscheidung, sondern an eine unbedingte Verurteilung zu einer bedingten, nämlich unter der Bedingung gleichzeitiger Gegenleistung zu bewirkenden Leistung. Aber gegen diese Bezeichnung spricht, daß die Bewirkung der Gegenleistung bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug niemals Bedingung der Verpflichtung zur Leistung ist und daß auch das Angebot der Gegenleistung nicht als solche Bedingung bezeichnet werden kann, mag es Bedingung der Vollstreckung sein, oder auch, wie unter früherem Recht, den Anspruch aus seiner Beschränkung lösen und zu einem solchen auf Leistung schlechthin machen.

Diese Lösung von der Beschränkung, die jetzt nur dann eintritt, wenn die Gegenleistung bewirkt wird, ist nicht die Wirkung einer Bedingung des Anspruchs, da der Schuldner ja schon vordem verpflichtet ist. Das Angebot der Gegenleistung kann als Voraussetzung der präsenten Leistungspflicht rechtlich nicht anders beurteilt werden, als das Abholen der geschuldeten Sache durch den Gläubiger bei der Holschuld.

Historisch läßt sich freilich die angebliche Bedingung er-

[1] Langheineken, Anspruch S. 90 zieht den Ausdruck: „Verurteilung zu inhaltlich beschränkter Leistung", vor.

[2] Vgl. Langfeld, Retentionsrecht S. 124ff.; Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 157.

klären. Man hat in dem Urteil den bedingten Restitutionsbefehl des römischen Zivilprozesses wiedererkennen wollen. Wenn der judex dem arbitratus de restituendo die Bedingung zufügte, daß dem Gegenanspruche des Beklagten Genüge geleistet würde,[1] so war der Befehl in der Tat durch die Bewirkung der Gegenleistung bedingt. Aber dieser Befehl hatte mit der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nur den regelmäßigen, keineswegs notwendigen Erfolg gemein, daß die retinierte und die retentionsgeschützte Leistung ausgetauscht wurden. Er hatte insbesondere keinen Feststellungsgehalt und darum waren auch die Voraussetzungen andere. Der Beklagte war weder zur Leistung Zug um Zug verpflichtet, noch wurde eine solche Verpflichtung, die den Quellen überhaupt unbekannt ist, durch den bedingten Restitutionsbefehl geschaffen. Die treibende Kraft für den judex war das den römischen Prozeß beherrschende Konsumtionsprinzip. Es wäre eine unbillige Härte gewesen, hätte der Kläger infolge der Retentionseinrede die actio verloren. Die Idee der Klagenkonsumtion war dem gemeinen[2] und ist dem modernen Prozesse fremd. Der Grund für die Fortentwicklung des bedingten Restitutionsbefehls zur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug lag auf materiellrechtlichem Gebiete. Gibt man zu, daß der Retentionsberechtigte zur Leistung Zug um Zug verpflichtet ist, gibt man ferner zu, daß das Retentionsrecht eine Einrede ist, also vom Willen des Berechtigten abhängt, so ergibt sich, daß der Schuldner durch Geltendmachung der Retentionseinrede gegenüber der an sich schlüssig begründeten Klage niemals mehr erreichen kann, als eine Beschränkung seiner Verpflichtung und damit eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug.[3] Der gemeinrechtliche Streit über die Zulässigkeit der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug war deshalb nur ein Streit um den Inhalt des Retentionsrechtes. Besonders deutlich tritt dies bei André[4] hervor. Er verlangte für die beschränkte Verurteilung einen

[1] Vgl. oben S. 2 Anm. 4f.

[2] Dernburg, Pandekten I S. 378 (§ 163I).

[3] A. M. Langfeld, Retentionsrecht S. 124f., vgl. ferner Stölzel, Schulung II S. 168 Anm. 2.

[4] André, Die exceptio non adimpleti contractus S. 130ff.

besonderen Antrag, weil sie leichtlich nicht dem Willen der Parteien entspräche. Er kämpfte gegen selbst geschaffene Schwierigkeiten, denn seine Ausführungen leiden an dem schon von Regelsberger[1] gerügten Übelstande, daß er als exceptio non adimpleti contractus außer der Verweigerung der Leistung bis zur Gegenleistung auch die endgültige Verweigerung der Leistung wegen unmöglicher oder vertragswidriger Gegenleistung, also, weil überhaupt nichts geschuldet werde, ansah. Letztere Verteidigung ist keine Retentionseinrede. Wenn der Beklagte gleichwohl retiniert, statt sich deutlich zu erklären, so hat er die Folgen seiner ungeschickten Verteidigung zu tragen und kann sich über die beschränkte Verurteilung nicht beschweren. Vigilantibus jura sunt scripta. Ebensowenig kann das Ermessen des Gerichts[2] über die Wirkung des Retentionsrechts entscheiden. Denn wenn das gemeinrechtliche Retentionsrecht eine gewöhnliche Einrede gewesen wäre, also zur Abweisung hätte führen müssen, so hätte es sich auch nicht durch das Bestreben der Zivilprozeßordnung, die Klagabweisung unter Maßgaben nach Möglichkeit zu vermeiden,[3] oder gar durch die Aussicht, einen neuen Prozeß überflüssig zu machen, rechtfertigen lassen, wenn man den Beklagten zur Leistung Zug um Zug verurteilte, statt die Klage abzuweisen. Man schuf so nicht nur einen Titel gegen ihn, sondern belastete ihn als Unterliegenden auch mit den Kosten. Es ist und war nicht angängig, in einer Sache auf Grund einer Retentionseinrede abzuweisen und in einer anderen bei gleicher Sach- und Prozeßlage zur Leistung Zug um Zug zu verurteilen.

Auf dem Boden dieser Entwicklung stehen die §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB. Wer annimmt, daß der Richter hier von Amts wegen die Bedingung der Gegenleistung ins Urteil aufnimmt,[4] wie er bei erneuter Verurteilung auf Grund desselben Anspruchs die Vollstreckung von der Rückgabe des ersten Schuldtitels abhängig macht, daß also die Einschränkung nicht das

[1] Regelsberger bei Ihering Bd. 40 S. 262.

[2] Langfeld a. a. O. unter Berufung auf das Obertribunal Berlin in SA. 32 Nr. 5.

[3] So RG. IV. ZS. 20. Mai 1895 bei Gruchot 39 S. 972f.

[4] So Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzes S. 100.

klägerische Recht, sondern lediglich seine Verwirklichung in der Zwangsvollstreckung betrifft,[1] unterschätzt den Feststellungsgehalt dieses Urteils und stempelt die genannten Paragraphen zu Ausnahmebestimmungen. Sie sind keine prozeßrechtlichen Satzungen, wenn sie auch als solche auftreten, enthalten sachlich keine Anweisung an den Richter. Die Rechtsschutzfähigkeit des Anspruchs auf Leistung gegen Gegenleistung braucht nicht besonders betont zu werden, noch wird sie auf die Verurteilung beschränkt. Auch eine bloße Feststellung der Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug ist auf Grund der Retentionseinrede denkbar,[2] obwohl sie meist an dem Mangel des Feststellungsinteresses bei möglicher Leistungsklage scheitern wird. Die §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB. besagen vielmehr nur, daß der Schuldner, der von den Einreden der Zurückbehaltung und des nicht erfüllten Vertrags Gebrauch macht, zur Leistung Zug um Zug verpflichtet ist, daß also diese Einreden zu den Retentionseinreden in dem hier erörterten Sinne gehören. Diese Bestimmungen haben also einen lediglich materiellrechtlichen Charakter.[3] Das ergibt sich schon daraus, daß die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf Grund der Retentionseinrede ihrem Inhalt nach nicht anders beurteilt werden kann, als eine solche Verurteilung, die nach dem Klagantrag ergeht. Das Urteil ist, auch wenn es auf Grund eines Zurückbehaltungsrechts oder einer Einrede des nicht erfüllten Vertrags ergangen ist, begrifflich (im Gegensatz zu der möglichen gesetzlichen Regelung) niemals die Feststellung eines zweiseitigen Rechtsverhältnisses, wie Weismann[4] meint, sondern die Feststellung der aus einem zweiseitigen Rechtsverhältnisse entsprungenen und durch die Gegenleistung modifizierten Verpflichtung des Beklagten. Das ist für den Umfang der Rechtskraft entscheidend. Denn da nach § 322 Abs. 2 ZPO. die Rechtskraft sich auf Gegenansprüche mit alleiniger Aus-

[1] So Voss, Vollstreckungszeitschrift 13 S. 75 f. Vgl. Hellwig, Anspruch S. 405 f.

[2] A. M. Dernburg, Bürg. R. II, 1 S. 123; Schlegelberger S. 171.

[3] Ebenso Hellwig, Anspruch S. 124. Irrig Schlegelberger S. 172: „Der § 274 BGB. ist die notwendige Folge des § 273."

[4] Weismann, Feststellungsklage S. 127.

nahme[1] der aufrechnungsweise geltend gemachten nicht erstreckt, so ist die Verpflichtung des Klägers als solche nicht Gegenstand des Prozesses, es sei denn, daß der Beklagte Widerklage oder Inzidenzfeststellungsklage erhebt. In der Praxis ist es freilich unvermeidlich, daß der Gegenanspruch nach Art und Umfang mit derselben Gründlichkeit behandelt wird, wie die Klagforderung. Ja, es kommt nicht selten vor, daß der Streit über Existenz und Höhe des Klaganspruchs mit wenigen Worten abgetan ist, während die Einrede der mangelnden Gegenleistung eine umfangreiche Beweisaufnahme nötig macht und den Streit verzögert. Mag aber auch die Gegenforderung äußerlich im Mittelpunkte stehen, ihre rechtskräftige Feststellung kann auf Grund dieser Klage in diesem Prozeß, d. h. ohne Widerklage nicht erzielt werden. Sofern das Gesetz keine Ausnahme statuiert, gilt der Satz: „Wo kein Klagantrag, da keine Rechtskraft.“[2] Der Beklagte kann sich daher, um einen Vollstreckungstitel für seinen Gegenanspruch zu erwirken, nicht auf die Rechtskraft der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug stützen.

Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug erfolgt auf Grund der genannten Einreden, ohne daß es eines Eventualantrags des Klägers bedarf, und ohne daß die Klage teilweise abgewiesen wird. Hier ist im Gegensatz zu dem Falle, daß auf Leistung geklagt ist, während nur Leistung Zug um Zug gefordert werden kann, der geltend gemachte Anspruch identisch mit dem, über den das Urteil entscheidet, nachdem er durch die Einrede beschränkt worden ist. Darum ist dieses Urteil als das Mindere gegenüber dem Klagantrag unbedenklich zulässig und treffend

---

[1] So die herrschende Lehre. A. M. nur Regelsberger, Pandekten I § 196 N. 13 und Steininger S. 61, der sich mit Unrecht auf Planck, Lehrbuch I § 53 zum Teil beruft. Schiefe Begründung bei Stölzel II S. 168. Mißverständlich freilich Gaupp-Stein (Vorbem. II, 1 zu § 253 ZPO.), „daß bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug beide Ansprüche festgestellt werden, aber nur für den einen der Leistungsbefehl ergeht.“ Festgestellt im technischen Sinne wird der Gegenanspruch gerade nicht. Vgl. darüber Gaupp-Stein, Bem. V zu § 322 ZPO.

[2] Wach, Vortr. S. 141; anders Handbuch S. 14, 374 und dagegen Eccius bei Gruchot Bd. 30 S. 467; Falkmann S. 177 Nr. 5.

die Parallele[1] zu dem Urteil, das beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 257ff. ZPO. in Abweichung von dem Klagantrag künftige Leistung aufgibt, weil nur diese und nicht, wie behauptet war, sofortige Leistung verlangt werden kann.

Wenn aber schon das auf Leistung schlechthin gerichtete Klagbegehren eine ausreichende prozessuale Grundlage für die durch das Retentionsrecht materiell begründete beschränkte Verurteilung bildet, dann ist abzulehnen die in der gemeinen Rechtswissenschaft verfochtene und auch heute noch nicht überwundene Meinung, daß die beschränkte Verurteilung dem Willen des Klägers entsprechen müsse, daß also die Klage abzuweisen sei, wenn der Kläger erkläre, daß ihm an der beschränkten Verurteilung nichts liege.[2] Wie sollte auch der Richter die Abweisung begründen? Eine bedingte Klagrücknahme ist unzulässig; in anderer Weise läßt sich aber die Erklärung des Klägers, daß er an der beschränkten Verurteilung kein Interesse habe, als Prozeßhandlung nicht konstruieren, denn ein Eventualantrag des Klägers auf Abweisung ist eine contradictio in adjecto.[3] Darum steht die Unzulässigkeit einer solchen Abweisung für den außer Zweifel, der mit uns den Inhalt der §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB. als rein materiellrechtlich ansieht.

Die §§ 274, 322 Abs. 1 BGB. sind aber auch nicht aus dem Grund Ausnahmebestimmungen, weil ohne diese der Kläger mindestens teilweise abzuweisen wäre. Daß er teilweise unterliegt, weil er nicht erreicht, was er beantragt hatte, ist zweifellos

[1] So Hölder im Archiv für d. ziv. Praxis 93 S. 115 für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

[2] So Staudinger, Bem. 1 zu § 274 BGB. im Anschluß an Marwitz, Das Urteil S. 8 unter Berufung auf § 308 ZPO. speziell für den Fall, daß der Kläger die Kosten einer Beweisaufnahme über den Umfang des Gegenrechts ersparen wolle. Zaun und Langfeld a. a. O. befürworteten das gleiche Ergebnis, wenn der Kläger die Befriedigung des Gegenanspruchs schlechthin ablehnen sollte.

[3] Ein Zwischenurteil, das eine Klagrücknahme erleichtern würde, wäre nur nach § 304 ZPO. über die Abhängigkeit der Verpflichtung von der Gegenleistung vorbehaltlich der Höhe derselben statthaft, denn da dem Retentionsrecht alle jene Verteidigungsbehelfe vorgehen, die zur Klagabweisung führen, liegt selbständige Entscheidungsfähigkeit im Sinne des § 303 ZPO. nicht vor. A. M. Schlegelberger S. 169.

richtig. Eine teilweise Klagabweisung enthält aber der Sache nach zwei Entscheidungen, deren jede sich mit einem anderen Teil des Streitgegenstandes befaßt. Ein solche Teilung ist in unserm Falle nicht möglich. Qualitative Unterschiede des Zuerkannten und des Erstrebten können in dieser Weise nicht zum Ausdruck gebracht werden. Der Richter, der der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug die sonst übliche Wendung: „im übrigen wird die Klage abgewiesen," anfügen würde, würde vermutlich die Antwort auf die Frage schuldig bleiben, worin denn das „Übrige" bestehe. Es ist daher nicht nur verzeihlich, wie Stölzel[1] meint, sondern durchaus einwandfrei, wenn die Praxis auch schon vor Inkrafttreten des BGB. von einer teilweisen Klagabweisung abgesehen hat. Über den Streitgegenstand ist mit der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug erschöpfend entschieden.

b) Die Konstruktion der Verpflichtung gegen Gegenleistung zu leisten, in den Fällen der §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB.

Nur wenige Worte sind noch über das Verhältnis der im Urteil liegenden Feststellung zum Inhalt der ursprünglichen Verpflichtung des Beklagten zu sagen. Die Verpflichtung des Beklagten wird nicht erst durch das Urteil beschränkt, das Urteil wirkt nicht rechtgestaltend.[2] Ein Anspruch auf Rechtsgestaltung ist mit der Klage nicht geltend gemacht, denn die Klage kann und soll zu glatter Verurteilung führen. Die besondere Gestaltung des Urteils beruht lediglich auf der Verteidigung. Nun kann sich zwar der Beklagte mit Erfolg gegen die vom Kläger behaupteten Voraussetzungen des erstrebten Rechtsschutzes wenden, nicht aber dessen Rechtsschutzbegehren

[1] Schulung I S. 218; so auch Oertmann, Bayr. Z. f. Rechtspfl. S. 12.

[2] Nach Steininger S. 56ff. hat das Urteil rechtsschöpferische Kraft, da es ein Recht auf Austausch begründet. Vgl. auch Oertmann, Bayr. Z. für Rechtspfl. 1 S. 13, der aber diese Meinung nur in Erwägung zieht, ohne ihr beizupflichten. Schon Sydow, Zeitschr. für ziv. Praxis Bd. 20 S. 518 spricht davon, daß durch das Urteil die Gleichzeitigkeit beider Leistungen angeordnet wird.

in eine andere Richtung lenken und ihm damit einen neuen Inhalt geben.

Die Wirkung des Urteils ist auch nicht die, daß die Einrede in die Vollstreckungsinstanz verwiesen[1] und dort entgegen ihrer Natur von Amts wegen berücksichtigt wird.[2] Denn die Gegenleistung wird bei der Vollstreckung nur beachtet als Beschränkung der urteilsmäßig festgestellten Verpflichtung, nicht als Schutzobjekt einer Einrede.

Wenn also das Urteil die Verpflichtung des Beklagten nur feststellt, nicht ändert, so muß diese entweder von vornherein nur diesen Inhalt gehabt, oder ihn erst durch die Geltendmachung der Einrede gewonnen haben. Tertium non datur. Das leugnet Langheineken.[3] Er erblickt in der Wirkung der Einreden nach den §§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB. nur eine Beschränkung des klägerischen Rechtsschutzanspruchs, die den zivilistischen Anspruch unberührt läßt. Doch ist seine Annahme verfehlt, daß die Verpflichtung deshalb nicht durch die Gegenleistung inhaltlich beschränkt sein könne, weil diese Objekt eines selbständigen Anspruchs sei. Das ist sie nicht im gegenwärtigen Prozeß. Sie ist nur mögliches Objekt eines selbständigen Anspruchs. Der Versuch Langheinekens, die nach seiner Theorie ganz exzeptionelle Regelung aus dem Umfang der Rechtskraftwirkung theoretisch zu erklären, scheitert an der Erkenntnis, daß das rechtskräftige Urteil, das eine rechtsverfolgende Einrede ausschließt, damit nicht zugleich, wie er meint, den korrespondierenden Anspruch ausschließt. Er sieht sich zu der Annahme gezwungen, daß die Rechtskraft der glatten Verurteilung (bei Nichtvorschützen der Einrede) den Gegenanspruch ausschließen würde. Doch verschweigt er, warum nach geltendem Recht bei glatter Verurteilung nicht angenommen werden darf, daß keine der Einreden der

---

[1] So Stein, Voraussetzungen S. 48.

[2] Darin scheint Oertmann a. a. O. eine Einwirkung des Urteils auf den Anspruch zu erblicken.

[3] Anspruch S. 356f. Die anderen fünf oben genannten Ausnahmeeinreden, die nach seiner Meinung gleichfalls zur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug führen, begründen dagegen nach ihm lediglich die Beachtlichkeit der ursprünglichen Beschränkung des Anspruchs für den Richter.

§§ 273, 320 BGB. dem Anspruch entgegenstehen. Näher kann darauf nicht eingegangen werden.

Ansprüche auf Leistung Zug um Zug sind, wie wir gesehen haben, dem Gesetz nicht fremd, müssen jedoch als solche geltend gemacht werden.

Es ist nicht richtig, daß der Schuldner in den hier behandelten Fällen von vornherein nur Zug um Zug zu leisten verpflichtet ist. Wäre dies der Fall, dann müßte man Endemann[1] darin beipflichten, daß die Einreden der Zurückbehaltung und des nichterfüllten Vertrags nur scheinbar Einreden, in Wahrheit aber Einwendungen gegen den Klaganspruch seien. Denn die materielle Einrede ist die rechtliche Macht, durch einseitige Willenserklärung eine bestimmte Wirkung auf einen Anspruch, und zwar den geltend gemachten Anspruch, auszuüben. Sie setzt also einen Anspruch voraus, dem sie entgegentritt. Ein solches Verhältnis fehlt nach Endemann im vorliegenden Falle. Vom Standpunkte Endemanns aus ist es unverständlich, daß die Einreden trotz der offenbar unschlüssigen Klage zu einer Verurteilung führen, nicht minder unlogisch aber, daß ohne solche Verteidigung das Urteil in bewußtem Widerspruch zum materiellen Recht auf Leistung schlechthin ergehen soll. Solche Inkonsequenz sollte man dem Gesetz nicht unterstellen.

Weit verständlicher wird das Ergebnis, wenn man annimmt, daß erst die Einrede den Anspruch beschränkt, daß also erst infolge der Geltendmachung der Einrede sich die Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug aus der Verpflichtung zur Leistung entwickelt. Nur dann kann von der Ausübung einer rechtlichen Macht auf den Anspruch gesprochen werden. Jeder Anspruch, dem eine verzögerliche Einrede gegenübersteht, trägt den Keim

---

[1] Lehrbuch, 8. Aufl. Bd. 1 § 80 Anm. 46, § 125 Anm. 10, 14, 21; wie im Text: Oertmann a. a. O. Doch ist die Verweisung auf § 362 des ersten Entwurfs nur geeignet, Verwirrung anzustiften, denn jene Bestimmung entsprach dem preußischen Recht, besagte also das Gegenteil von dem, was jetzt im Gesetz steht. An den ersten Entwurf erinnert noch Satz 1 des § 348 BGB., der, wie Oertmann wohl mit Recht annimmt, von der Redaktionskommission übersehen und unbedenklich im Sinne des § 320 BGB. auszulegen ist.

einer zeitweiligen Hemmung oder Beschränkung in sich. So auch unsere Einreden. Die Beschränkung des Anspruchs ist suspensiv bedingt durch die Geltendmachung der Einrede und resolutiv bedingt durch den Fortfall des Einredegrundes. Eine solche inhaltliche Veränderung des Anspruchs als Folge einer formlosen Willenserklärung ist nichts Absonderliches. Sie hat ein Seitenstück in der Erklärung des Wahlberechtigten bei der Wahlschuld. Mit dieser Erklärung ist die Retentionseinrede nahe verwandt. Sie hat eine negative und eine positive Funktion. Der Schuldner erklärt mit ihr einmal, daß er „Leistung schlechthin" verweigere, aber zugleich, daß er zur Leistung gegen Gegenleistung bereit sei.

Die hier vertretene Meinung ist schon von Hölder[1] treffend in folgenden Worten formuliert worden: „Der gegenseitig verpflichtende Tatbestand begründet für jeden Teil die Forderung der fremden Leistung als eine solche, die nur dann auf die Forderung des Austausches der fremden Leistung gegen die eigene sich beschränkt, wenn der Verpflichtete die Vollziehung seiner Leistung ohne diesen Austausch verweigert."[2] Wer dagegen meint, daß die Retentionseinrede den Anspruch unberührt läßt, wird schwerlich darüber Auskunft geben, worin denn ihre Wirkung besteht. Daß der Anspruch fällig ist, ein Rechtsschutzbedürfnis also besteht, kann nicht bestritten werden, da er eine Verurteilung zu gegenwärtiger, sofortiger Leistung erlaubt. Die Rechtsschutzfähigkeit wird dem Anspruch aber durch diese Einrede weder geraubt, noch gemindert. Zugegeben auch, daß die Vollstreckung von der Berücksichtigung der Gegenleistung in der Form einer Bedingung abhängig ist, das widerlegt weder jene noch unsere Meinung. Aber der Rechtsschutz wird nicht nur durch die Vollstreckung, sondern daneben durch die Feststellung gewährt. Diese ist an keine Bedingung geknüpft, sie befaßt sich nur mit dem inhaltlich beschränkten Anspruch und stellt nicht den unbeschränkten fest unter Vorbehalt der Beschränkung für die Vollstreckungsinstanz. Damit scheint mir erwiesen, daß die

[1] Komm. Vorbem. VII zu § 194 S. 408.

[2] Sachlich ebenso für das Zurückbehaltungsrecht: Schlegelberger S. 163.

Einrede auf den Anspruch wirkt und nur durch diesen auf das Urteil.

Man wird sich denselben Erfolg von der außergerichtlichen Geltendmachung der Einrede versprechen müssen. Das Gesetz sagt nirgends, daß die Einrede eine prozessuale Handlung sei,[1] wie es die exceptio war. Unbestreitbar ist, daß der Schuldner eine Mahnung des Gläubigers mit der Retentionseinrede ihrer Wirkung beraubt, obgleich er nach wie vor zu sofortiger Leistung verpflichtet ist. Aber er gerät nunmehr[2] nicht eher in Verzug, als bis der Gläubiger ihn mit dem Erbieten zur Gegenleistung zur Leistung auffordert. Wichtiger ist für uns die Frage, ob die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede im Prozeß vom Beklagten wiederholt werden muß, wenn sie im Urteil Berücksichtigung finden soll.[3] Das wird praktisch, wenn der Tatbestand und die Geltendmachung der Einrede vom Kläger vorgebracht wird und der Beklagte säumig ist oder andere, nicht stichhaltige Einwendungen vorschützt. Die Forderung, daß die Einrede im Prozeß vom Beklagten erhoben werden muß, steht nicht im Widerspruch mit der Anerkennung wirksamer außergerichtlicher Geltendmachung der Einrede. Ich schließe mich dieser Forderung an. Die Einrede ist begrifflich Verteidigung, Angriff und Verteidigung wollen im Prozeß scharf geschieden werden. Die Verteidigung gegenüber der außergerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs ist nicht tauglich als Verteidigung gegenüber der Klage, wenn der Richter durch den Kläger von ihr erfährt. Die oben vertretene Meinung, daß auch die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede den Anspruch inhaltlich schwächt und somit verändert, ist mit diesem Ergebnis logisch nicht vereinbar.

[1] Wie hier Hellwig, Anspruch S. 10ff. und Lehrbuch S. 250ff., 256; Hölder, Komm. z. allg. T. S. 407; Enneccerus-Lehmann, Bürg. R. I S. 327. A. M. Endemann, Lehrbuch I S. 515 Anm. 29; Freudenthal, Einwendung und Einrede S. 63; Zitelmann, Allg. Teil S. 29.

[2] Vgl. Planck Nr. 4b zu § 284 BGB. A. M. Dernburg, Bürg. R. II § 71, 1, der schon vorher Bereitschaft zur Gegenleistung verlangt.

[3] Die Frage wird verneint von Hellwig, Anspruch S. 12 Nr. 21; Hölder, Archiv 93 S. 116; Suppes, Einredebegriff S. 38, s. aber S. 7. A. M. Langheineken, Anspruch S. 351f.; Friedenthal a. a. O. S. 66.

Es verdient jedoch aus praktischen Erwägungen den Vorzug. Das Gesetz steht wenigstens auf diesem Standpunkt. Die Einrede muß gegenüber der Klage geltend gemacht werden (§§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB). Geltend gemacht wird sie nur vom Beklagten, niemals vom Kläger, der ihre Geltendmachung möglicherweise erwähnt. Durch diese Regelung ist ein durchsichtiges Kriterium der Beschränkung des Anspruchs für das erkennende Gericht geschaffen.

B. Besondere Retentionsfälle.

Das Gesetz kennt Anwendungsfälle der Retentionseinrede, die nicht unter die §§ 273, 320 BGB. subsumiert werden können. Das kam im ersten Entwurf deutlich zum Ausdruck. Der § 236 bestimmte, daß insbesondere die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug in allen Fällen zu gelten habe, wo ein Zurückbehaltungsrecht dem Schuldner beigelegt sei, gleichgültig, in welchem Teil des Gesetzbuchs es geschehe, und ob es nur als Anwendung des technisch sog. Zurückbehaltungsrechts erscheine, oder über dessen Voraussetzungen hinausgehe.[1] Aus mir unverständlichen Gründen hat die Kommission zweiter Lesung diese Bestimmung gestrichen.[2] Sachlich hat sich freilich dadurch nichts geändert, da ja, wie erwähnt, die §§ 274, 322 BGB. die in §§ 273, 320 eod. geschaffenen Einreden nur als Retentionseinreden kennzeichnen. Es hätte aber der nicht vereinzelte Irrtum vermieden werden können, daß nur diese Einreden Retentionseinreden seien. Denn überall, wo an anderer Stelle der Schuldner auf Grund einer Einrede nur gegen Gegenleistung zu leisten verpflichtet ist, ist bei Geltendmachung der Einrede zur Leistung Zug um Zug zu verurteilen. Es fehlt in diesen Fällen stets an einem fälligen Anspruch auf die Gegenleistung. Darum ergibt sich das Retentionsrecht nicht durch Subsumtion unter § 273 BGB., sondern muß durch ausdrückliche Vorschrift verliehen werden. Dieses Retentionsrecht kann dann aber auch nicht wie das Zurückbehaltungsrecht des

[1] Vgl. Motive II S. 44.

[2] Prot. I S. 313. Angeblich war die Bestimmung dadurch überflüssig geworden, daß man das Zurückbehaltungsrecht zum terminus technicus erhoben hatte.

§ 273 BGB. durch Sicherheitsleistung ausgeschlossen werden. Unverkennbar ist die Bezugnahme auf ein Zurückbehaltungsrecht im weiteren Sinne in § 1000 BGB. Denn ein Anspruch, der, wie aus § 1001 BGB. erhellt, nicht geltend gemacht werden kann, also weder zur Feststellung noch zur Vollstreckung führen kann, mit dem auch nicht aufgerechnet werden kann, ist kein fälliger Anspruch.[1] Immerhin ergibt sich hier aus dem Gebrauch des Wortes „Zurückbehaltungsrecht", daß die Bestimmung des § 274 Abs. 1 BGB., also die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, entsprechende Anwendung finden soll. Anders in den folgenden Fällen.

Ohne erhebliche praktische Bedeutung ist freilich das Retentionsrecht[2] des eingetragenen Käufers am Vorkaufsobjekt gegenüber dem Vorkaufsberechtigten bis zur Zahlung des berichtigten Kaufpreises, das kein Zurückbehaltungsrecht im technischen Sinne ist, weil der Käufer keinen fälligen Anspruch auf diese Zahlung hat (§ 1100 Satz 1 BGB.). Daß der retinierende Käufer zur Eintragungsbewilligung und Herausgabe nur Zug um Zug gegen Zahlung verurteilt werden kann und so zu verurteilen ist, steht nicht wörtlich im Gesetz. Dieses formuliert nur eine verzögerliche Einrede. Aber die Vorschrift kann nicht anders verstanden werden und wird auch allgemein so ausgelegt.[3]

Solche besonders verliehene Retentionsrechte sind im Gesetz nicht vereinzelt. Sie sind stets dann gegeben, wenn der Schuldner verpflichtet ist, zur Leistung nur gegen eine andere Leistung (§§ 255, 368, 371, 410, 785, 797, 807, 808 Abs. 2, 1144, 1192 BGB., a. a. 39, 54 WO., §§ 364 Abs. 3, 812 Abs. 1 HGB., § 19 des Scheckgesetzes). Die Konstruktion dieser Einreden und der ihr entsprechenden Verurteilungen ist in allen Fällen dieselbe wie bei der oben besprochenen Einrede des Zurückbehaltungs-

---

[1] Langheineken, Anspruch S. 75f, 285 bezeichnet den Anspruch als bedingt wirksam; vgl. auch Planck zu § 1000 BGB. und Staudinger Bem. 1a zu § 972 BGB.; Zitelmann, Allg. T. S. 31f.

[2] Langheineken, Anspruch 296; Zitelmann, Allg. Teil S. 28 und Hellmann, Vorträge S. 205 nehmen eine selbständige Einrede an; diese ist eben eine Retentionseinrede. Cosack II S. 314: nur ein Zurückbehaltungsrecht.

[3] So Planck und Staudinger zu § 1100 BGB.

rechts und der Einrede des nicht erfüllten Vertrags mit der einzigen Besonderheit, daß bei jenen Einreden der Schuldner zugleich einen fälligen Anspruch auf die Gegenleistung hatte. Wesentlich ist vor allem, daß der Gläubiger nicht von vornherein nur Leistung gegen Gegenleistung verlangen kann, sondern daß sein Anspruch erst durch die Einrede darauf beschränkt wird.[1] Denn mit den Worten „der Schuldner ist nur verpflichtet zu leisten gegen eine Gegenleistung", sagt das Gesetz, daß der Schuldner nur gegen Gegenleistung zu leisten braucht, wenn er nämlich darauf Wert legt, also die Einrede erhebt. Der Gläubiger hat demnach zunächst einen Anspruch auf Leistung schlechthin.

Zur ratio legis sei bemerkt, daß der Schuldner mit der Bewirkung der geschuldeten Leistung einen selbständigen und fälligen Anspruch auf die Gegenleistung erwirbt. Es entspricht dem ökonomischen Prinzip, daß das Gesetz bei dieser Sachlage einen Austausch beider Leistungen ermöglicht und begünstigt. Nur wäre der Gläubiger der Hauptleistung benachteiligt, wenn er nur mit dem Erbieten zur Gegenleistung fordern könnte, denn die ihm geschuldete Leistung hat eine wirtschaftlich wichtigere Funktion. Deshalb gibt das Gesetz dem Schuldner nur eine verzögerliche Einrede, mit der er den Anspruch des Gegners dahin beschränken darf, daß jener nur Leistung Zug um Zug fordern kann. Die Annahme einer solchen Einrede kann in den angeführten Fällen nicht daran scheitern, daß ihr Bestehen nach den Buchstaben des Gesetzes die Verjährung hemmt (vgl. § 202 Abs. 1 BGB.). Das wäre unhaltbar. Es ist aber nicht gesagt, daß das Gesetz in § 202 Abs. 2 BGB. unter der Einrede des Zurückbehaltungsrechts nur die Einrede des § 273 BGB. versteht, da der Grund, um deswillen diese Einrede die Verjährung nicht hemmt, nicht in der Besonderheit des technisch sog. Zurückbehaltungsrechts, sondern darin zu erblicken ist, daß nach der Ansicht des Gesetzes diese Einrede auf einem nicht zu billigenden Verhalten des Gläubigers beruht und ihre Geltendmachung von ihm vermieden werden kann. Diese Auslegung findet eine Stütze

[1] Anders Langheineken, Anspruch S. 310, der hier stets nur in beschränktem Maße verurteilen will, weil er hier keine Einrede findet.

in § 1000 BGB., der, wie erwähnt, ein Zurückbehaltungsrecht verleiht, das nicht unter § 273 BGB. fällt. Es erscheint mir daher zweifellos, daß das hier besprochene Retentionsrecht mit der in § 202 Abs. 2 BGB. erwähnten Einrede des Zurückbehaltungsrechts identisch ist.

Bis auf § 255 BGB. ist den zitierten Bestimmungen sämtlich gemeinsam, daß die Gegenleistung in der Aushändigung einer Urkunde an den Schuldner besteht. Aus diesem wenig stichhaltigen Grunde ist versucht worden, § 255 BGB. auch inhaltlich hervorzuheben und aus dieser Bestimmung für den Ersatzpflichtigen einen fälligen Anspruch auf Abtretung der Surrogatansprüche herzuleiten. Es ist nicht einzusehen, warum der Ersatzpflichtige diese Abtretung, sei es auch gegen die Ersatzleistung, soll verlangen dürfen, ehe ihn der Berechtigte auf Leistung des Ersatzes belangt. Mit Recht betont daher das Reichsgericht:[1] „Das dem Ersatzpflichtigen in § 255 BGB. eingeräumte Recht ist wesentlich ein Retentionsrecht, welches erst mit der Ersatzleistung in Wirksamkeit tritt."

Die Formulierung der angeführten Gesetzesbestimmungen ist in bewußter Anlehnung an a 39 WO. erfolgt. Eine Ausnahme macht nur die Normierung der Quittungspflicht in § 368 BGB. Man hat deshalb hier eine sachliche Besonderheit vermutet, und verschiedentlich sogar einen selbständigen Quittungsanspruch behauptet. Ein solcher entsteht erst mit der Leistung.[2] Andernfalls könnte der Quittungsanspruch verjähren, ehe die Leistung bewirkt ist.[3] Der Schuldner kann auch nicht Quittung gegen seine Leistung fordern, sobald er zur Leistung berechtigt ist,

[1] VI. ZS. 19. Dezember 1904 (Entsch. Bd. 59 S. 370). A. M. Fischer, Der Schaden, S. 256, der ein Zurückbehaltungsrecht in techn. Sinne annimmt. So auch Rehbein II S. 66. Unentschieden Planck zu § 255 BGB.; Friedenthal S. 50 erkennt keine Einrede an, weil es an einem Gegenanspruch fehlt.

[2] Ebenso Schlegelberger, der aber hier jede Einrede verwirft S. 141; Busch in DJZ. VII S. 307. A. M. „Zurückbehaltungsrecht"; Planck zu § 273 BGB.; Aron in Bayr. Z. für Rechtspfl. I S. 277; Oertmann § 368 und in Bayr. Z. für Rechtspfl. I S. 52; Langheineken, Anspruch S. 331 (anders S. 308); Staudinger § 368, 4 c.

[3] Vgl. für 410 BGB. OLG. Hamburg vom 20. April 1903 (SA. 59 S. 347).

denn sein Interesse ist durch die Regelung des Annahmeverzugs hinreichend berücksichtigt. Daß aber dem Schuldner hinsichtlich der Quittung ein Retentionsrecht, wenn auch kein Zurückbehaltungsrecht zusteht, sollte nicht geleugnet werden. Die Worte „gegen Empfang der Leistung" lassen darüber keinen Zweifel, daß er noch vor der Entstehung eines Quittungsanspruchs eine Einrede hat. Das Gesetz geht eben weiter als das frühere preußische und sächsische Recht,[1] mag dies auch nicht die Absicht gewesen sein.[2] Entsprechendes gilt beim Immobilienpfandrecht nach den §§ 1144, 1192, 1199 BGB.

Während aber auch im Falle des § 410 BGB. die Annahme eines Retentionsrechts, das nicht unter das technisch sog. Zurückbehaltungsrecht fällt, also einer verzögerlichen Einrede, die zur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug führt, überwiegende Anerkennung gefunden hat,[3] ist die Frage hinsichtlich des Wechsels und der ebenmäßig zu behandelnden Urkunden (a 39, 54 WO., §§ 785, 797, 807, 808 Abs. 2 BGB., 364 Abs. 3, 812 Abs. 1 HDB., § 19 Scheckgesetzes) höchst bestritten. Allerdings ist von gegnerischer Seite niemals behauptet worden, daß hier ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 273 BGB. in Betracht kommen könne. Wohl aber spricht man von einer von Anbeginn an inhaltlich beschränkten Leistungspflicht. Hier könne von vornherein nur Leistung gegen Gegenleistung, also Zahlung gegen Aushändigung der Urkunde gefordert werden.[4] Wäre dies

[1] Vgl. APrLR. I 16 § 86: „Wer Zahlung geleistet hat, ist Quittung ... zu fordern berechtigt." Das Reichsgericht (I. ZS. vom 9. Januar 1892, Entsch. Bd. 28 S. 434) hatte sogar auf Grund dieser Bestimmung ein Zurückbehaltungsrecht anerkannt. Vgl. auch Sächs. BGB. § 983.

[2] Motive S. 88.

[3] So Hellwig, Anspruch S. 354 Anm. 18, 355, Rechtskraft S. 266 Nr. 11; Planck und Staudinger zu § 410 BGB.; Schlegelberger S. 142f.; Aron in Bayr. Z. für Rechtspfl. 1905 S. 276ff., RG. VI. ZS. 11. Januar 1904 (Entsch. Bd. 56 S. 301, JW. 1904 S. 147) und die S. 45 Anm. 1 zitierte Entscheidung. A. M. Langheineken, Anspruch S. 308; Hellbach im Recht 1903 S. 541. Die Kommission zweiter Lesung (vgl. Prot. I S. 397) hatte sich unentschieden geäußert. — Mit der Leistung erwirbt der Schuldner auch hier einen selbständigen Anspruch. § 410 Abs. 2 spricht nicht dagegen.

[4] So Langfeld a. a. O. S. 22; Langheineken, Anspruch S. 310; Dernburg, Bürg. R. II Bd. 2 Abt. 1 S. 296. Ebenso ROHG. I S. v. 2. Febr. 1877

richtig, so müßte, wie oben ausgeführt, die Klage auf Zahlung schlechthin stets abgewiesen werden. Jene Meinung geht jedoch von irrigen Voraussetzungen aus. Das Recht aus der Urkunde, also beispielsweise aus dem Wechsel, steht nicht dem Besitzer des Wechsels als solchem zu. Der Inhalt der Wechselverpflichtung ist also nicht der, den Wechsel mit einer Geldsumme einzulösen. Nur der Erwerb des Wechselrechts wird vermittelt durch den Erwerb der Urkunde. Darum ist der Besitzer nicht notwendig der Berechtigte (vgl. a 74 WO.). Nun kann allerdings der Berechtigte sein Recht gegen den Willen des Schuldners nur dann mit Erfolg geltend machen, wenn er den Wechsel besitzt und sich durch ihn als Gläubiger legitimieren kann. Nur in diesem Sinne ist der Besitz notwendig zur Ausübung des Rechts aus dem Papier. Die Vorlegung der Urkunde zum Zwecke der Legitimation ist aber juristisch etwas anderes als das Erbieten zur Aushändigung, mag sich auch beides gewöhnlich in einem Akte verbinden. Es kann daher aus der Natur solcher Verbindlichkeiten nicht als notwendig gefolgert werden, daß der Gläubiger lediglich einen Anspruch auf Leistung gegen Aushändigung der Urkunde hat. Klagt der Gläubiger im ordentlichen Verfahren und ist der Beklagte säumig, so kann der Gläubiger eine glatte Verurteilung erwirken ohne die Behauptung, daß er den Wechsel besitze und ohne, daß er sich zur Aushändigung erbietet.[1] Es ist Sache des Schuldners, sich auf die Gegenleistung zu berufen. Der Gläubiger hat zunächst einen Anspruch auf Zahlung schlechthin.

Dieser stützt sich auf a 23 WO. Der Bezogene ist durch die Annahme wechselmäßig zur Zahlung schlechthin verpflichtet. Auch wenn es die Absicht des Ausstellers wäre, durch die übliche

(Bd. 21 S. 303 ff.). Von einer Einrede aus a 39 WO. spricht aber schon das Reichsoberhandelsgericht in einer Entscheidung des II. S. vom 4. Juni 1873 (Bd. 10 S. 151 ff.). Ebenso Staub, Anm. 1 zu a 39 WO., da er dem Gläubiger gegenüber der Berufung auf a 39 eine replica doli zuerkennt für den Fall, daß der Schuldner bereits im Besitze des Wechsels ist.

[1] Unvereinbar wäre das mit der Ansicht Bernsteins S. 190 (§ 1, 1 a zu a 39), daß der Besitz formale Voraussetzung des Wechselanspruchs sei. Freilich rechnet auch das Reichsgericht (JW. 1902, Beil. S. 263) den Besitz zur Sachlegitimation. Aber nirgends wird behauptet, daß der Wechselgläubiger nur auf Zahlung gegen Aushändigung der Urkunde klagen könne.

Wendung „gegen diesen Wechsel" auszudrücken, daß der Gläubiger nur Zahlung gegen Aushändigung der Urkunde fordern könne, würde daran nichts geändert werden, da andernfalls die Urkunde kein Wechsel im Sinne der WO. wäre. Die angeführten Bestimmungen geben dem Schuldner nur ein Retentionsrecht bis zur Aushändigung der Urkunde und einen Anspruch auf diese, wenn er gezahlt hat, ohne sie zu erhalten. Der Zweck, die Vermeidung mißbräuchlicher Benutzung durch Weiterbegebung nach der Zahlung oder auch nur nach der Verurteilung, liegt klar zutage. Aber dieser Zweck rechtfertigt ebensowenig wie etwa bei der Quittung die von den Gegnern befürwortete Annahme eines Anspruchs, der nur auf Leistung gegen Gegenleistung gerichtet wäre. Erst die Geltendmachung des Retentionsrechts bewirkt hier, wie in den §§ 274, 322 BGB. eine Beschränkung des Anspruchs und zwingt so zu beschränkter Verurteilung.[1] Einer analogen Anwendung des § 274 Abs. 1 BGB. bedarf es nicht. Es ist nach dem, was eben über den Inhalt dieser Bestimmung gesagt worden ist, mißverständlich, von einer Zug-um-Zugverpflichtung im Sinne des § 274 BGB. zu sprechen, wie es gern geschieht,[2] denn diese Vorschrift nimmt ausdrücklich auf das Zurückbehaltungsrecht im technischen Sinne Bezug, kommt also für andere Retentionsfälle nicht in Frage.

Allerdings behauptet Stein,[3] daß die in den §§ 785, 797, 808 Abs. 2 BGB. und a 39 WO. normierte Einschränkung nur eine Ausgestaltung des Rechts auf Quittung sei, das unstreitig nicht unter § 726 Abs. 2 ZPO. falle. Das Urteil könne daher auf Leistung schlechthin lauten. Er begründet dies damit, daß

[1] Es ist zu beachten, daß hier wie in den früher besprochenen Fällen der §§ 1217, 1218, 1477, 1502, 1515 usw. der Schuldner keinen Anspruch auf die Gegenleistung hat, also auch nicht in Annahmeverzug versetzt werden kann.

[2] Vgl. z. B. RG. Bd. 56 S. 301ff.; SA. Bd. 59 S. 347f. Nr. 196. Auch Seuffert, Komm. Bem. 2b zu § 726 ZPO.

[3] Komm. Bem. III zu § 726 ZPO. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Weismann II S. 38 mit der Begründung, daß diese Gegenleistungen nicht auf Grund des Forderungsverhältnisses, sondern auf Grund der Leistung beansprucht würden. Er vermißt also hier einen fälligen Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung.

die Aushändigung der betreffenden Urkunden weder eine Äquivalentleistung sei,[1] noch einen selbständigen Gegenanspruch befriedige. Diese Gründe scheinen mir nicht stichhaltig. Es kann fraglich erscheinen, ob es notwendig oder auch nur wünschenswert war, dem Schuldner um der Quittung willen ein Retentionsrecht zuzubilligen. Der Gesetzgeber hat diese Bedenken nicht geteilt und nötigt uns, die Konsequenzen daraus zu ziehen. Ein Anspruch auf die Gegenleistung ist, wie wiederholt betont wurde, nicht wesentlich für unser Urteil. Ob die Quittung aber ein Äquivalent der geschuldeten Leistung ist, hängt von der Qualität des Gläubigers ab. Als reines Beweispapier, das den Schuldner gegen eine nochmalige Inanspruchnahme sichern soll, hat die Quittung nur für den Schuldner einen Wert. Sie hat, wenn sie überhaupt einen praktischen Wert hat, den Wert der quittierten Leistung, Das Gesetz nimmt an, daß dieses Wertverhältnis stets vorliegt, daß die Gefahr nochmaliger Inanspruchnahme stets gegeben ist. Ein Gegenbeweis ist unzulässig. In diesem Sinne ist die Quittung Äquivalent der Leistung. — Warum die Gegenleistung gleichwertig sein soll, ist mir aber unverständlich. Nach § 273 Abs. 1 BGB. kann eine Leistung wegen eines ganz geringwertigen Gegenanspruchs zurückbehalten werden.[2] Das ist bestritten.[3] Ist die geschuldete Leistung unteilbar, so steht es jedoch außer Frage. Will man also die Forderung, daß die Gegenleistung gleichwertig sei, konsequent durchführen, so darf man die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nur in den Fällen dulden, wo die Gegenleistung als Ersatz geboten werden muß — so in den §§ 798, 1223 Abs. 2, 1217, 1218, 1502, 1515, 1477 BGB. — oder wo sie als Ersatz versprochen ist bzw. versprochen war, also beim gegenseitigen Vertrag und beim Rücktritt.[4] Dieses Ergebnis steht im Widerspruch mit dem Gesetz. So wenig man bei der Behandlung der Ansprüche einen Unterschied nach dem Werte der Leistung machen kann, so wenig sollte man es bei Zug um

[1] Ebenso Seuffert a. a. O. Dieses Argument findet sich schon bei Sydow, Z. f. Z. P. 2 S. 518.

[2] Planck, Erl. zu § 273.

[3] Vgl. Schollmeyer, Erl. 1b zu § 273; Schlegelberger S. 141.

[4] Vgl. auch unten § 6 S. 58.

Zug zu erfüllenden Verbindlichkeiten nach dem Werte der Gegenleistung zu machen versuchen. Wenn der Schuldner zur Leistung gegen Quittung verpflichtet ist, kann er auch dazu verurteilt werden. Man hat weiter eingewendet, daß dann jeder Schuldner diese Einschränkung der Verurteilung verlangen könnte. Das ist kein Gegengrund. Das Schreckgespenst einer Verurteilung zur Leistung gegen Quittung wird nur wenigen bisher erschienen sein. Der Schuldner wird nicht ohne guten Grund schon im Prozeß Quittung verlangen, das um so weniger, da sein Verlangen durch die Replik des mangelnden Kostenvorschusses entkräftet wird (§ 369 BGB.). Natürlich ist ein Mißbrauch nicht ausgeschlossen. Diese Möglichkeit kann nicht den Ausschlag geben. Dem Schuldner stehen mancherlei Schikanen zu Gebote, die nicht unter § 226 BGB. fallen. Gegen einen zu weitgehenden Mißbrauch aber schützt uns die Verkehrssitte, schützt uns vor allem der Anwaltszwang. — Man wird sagen, daß ein Vorbehalt hinsichtlich der Quittung im Urteil überflüssig sei, weil der Schuldner bei der Zwangsvollstreckung eine Quittung vom Gerichtsvollzieher erhalte (§ 757 ZPO.). Das ist nicht die Meinung des Gesetzes, denn durch diese Quittung wird der Anspruch des Schuldners auf eine Quittung des Gläubigers nicht berührt (§ 757 Abs. 2 ZPO.). Überdies erhält er diese Quittung erst „nach“ Empfang der Leistung. Die Verletzung der Vorschrift des § 757 ZPO. kann der Schuldner im Instanzenwege rügen, die Gültigkeit des Pfändungsaktes leidet darunter nicht. Und nicht einmal dieser geringe Schutz ist dem Schuldner bei glatter Verurteilung gewährt, wenn die Zwangsvollstreckung durch gerichtliche Handlungen betrieben wird. Es ist zu beachten, daß das Gesetz in § 757 ZPO. auch nur von dem Recht auf nachträgliche Quittung spricht. Das Retentionsrecht des Schuldners wird demnach bei glatter Verurteilung in der Vollstreckungsinstanz nicht beachtet. Das steht damit im Einklang, daß die Quittung auch bei freiwilliger Leistung nicht, wie Sydow[1] meint, Bedingung der Zahlung ist, diese erst rechtlich möglich macht und darum nicht im Urteil hervorgehoben zu werden braucht. Wer ohne Quittung

[1] Z. f. Z. P. 2 S. 518.

leistet, kann nicht die condictio indebiti anstrengen, auch dann nicht, wenn es ihm ferngelegen hat, durch vorbehaltlose Leistung auf die Quittung zu verzichten. Nur sein Retentionsrecht hat er verwirkt, wie er es auch verwirkt, wenn er es im Prozeß nicht geltend macht.

Als Ausgestaltung des Rechts auf Quittung bezeichnet Stein die §§ 785, 797, 808 Abs. 2 BGB. und a. 39 WO. Das ist zweifellos richtig. Diese Urkunden sind allerdings als Wertpapiere erheblich mehr als eine Quittung, in dem hier zu besprechenden Punkt ist die Sachlage jedoch die gleiche. Darum stimme ich der herrschenden Lehre darin durchaus bei, daß diese Urkunden aus sachlichen Gründen wie um der im Gesetz beliebten Fassung der §§ 785, 797, 808 BGB., a. 39 WO. willen nicht anders behandelt werden können, als die Quittung, und folgere daraus, daß der Schuldner zur Leistung Zug um Zug zu verurteilen ist, wenn, und nur dann, wenn er sich auf die Beschränkung beruft. Wenn Stein dies mit der herrschenden Meinung für überflüssig erachtet, so folgt er damit der vom Reichsgericht wiederholt bestätigten Praxis des Reichsoberhandelsgerichts,[1] nach der jedes den Wechselschuldner zur Wechselzahlung verurteilende Erkenntnis stillschweigend die Klausel „gegen Aushändigung des quittierten Wechsels" enthält. Diese Ansicht ist unvereinbar mit der Annahme eines Retentionsrechts. Ich sehe mich dadurch nicht veranlaßt, von dieser Annahme abzugehen, denn die Ansicht des höchsten Gerichtshofs scheint mir unverträglich mit den Grundsätzen des Vollstreckungsrechts. Nach jener Meinung setzt die Vollstreckung eines Wechselurteils die Vorlegung des Wechsels bei dem Vollstreckungsantrag voraus. Die Vollstreckung darf seitens des Gerichtsvollziehers nur mit dem Wechsel in der Hand erfolgen.[2] Demgemäß schreiben auch viele Geschäfts-

[1] I. ZS vom 16. September 1873 (ROHG. Bd. 11 Nr. 27); vgl. dazu RG. Entsch. Bd. 36 S. 105, Bd. 37 S. 5.

[2] So ROHG. I. S. vom 2. Februar 1877 (Bd. 21 S. 303ff.), RG. IV. ZS. vom 18. Dezember 1893 (Bolze 17 Nr. 189 = JW. 1894 S. 64), I. ZS. vom 12. Februar 1898 (JW. 1898 S. 225 Nr. 19); Gaupp-Stein, Bem. III zu § 726 ZPO.; Bernstein S. 190; Rehbein zu a. 39 WO. (S. 78f.); Grünhut II S. 264 Anm. 3; Staub, Anm. 1 zu a. 39; Falkmann S. 294f.; Dernburg, BR. II, 2 S. 296.

anweisungen vor, daß der Gerichtsvollzieher sich vor dem Beginn der Vollstreckung außer dem Schuldtitel den Wechsel aushändigen lasse.[1] Wie ich Falkmann[2] entnehme, macht nur die badische Dienstanweisung in diesem Punkte eine rühmliche Ausnahme. Denn die Verurteilung zur Zahlung von 100 aus einem Wechsel unterscheidet sich als Vollstreckungstitel nicht von der Verurteilung zur Zahlung aus einem anderen Rechtsgrunde. Es ist ungesetzlich, den Gläubiger zurückzuweisen, wenn er ohne den Wechsel die Vollstreckung betreiben will. Er stützt sich auf den Inhalt seines Titels. Dieser ist Grundlage der Zwangsvollstreckung. Nach dem Prozeßgesetz bedarf es des Wechsels nicht und die Vollstreckungsorgane sind nicht befugt, in den Titel eine Beschränkung hineinzuinterpretieren, die der Schuldner hätte erreichen können.[3] Daß der Vollstreckungsgläubiger zur Aushändigung des Wechsels nicht bereit ist, gibt dem Schuldner bei glatter Verurteilung keinen Einwand; wenn er dazu nicht mehr imstande ist, hat er möglicherweise seinen Anspruch verloren. Aber der Antragsteller wird durch das Urteil als Gläubiger legitimiert. Er braucht nicht zu beweisen, daß er noch Gläubiger ist.[4] Der Schuldner kann es im Wege der Vollstreckungsgegenklage, aber auch nur auf diesem Wege und in den Grenzen des § 767 ZPO., bestreiten. Er kann die Pfändung nicht, wie Falkmann[5] meint, gemäß § 766 ZPO. anfechten, wenn der Gläubiger den Wechsel nicht beigebracht hat. Wenn Sydow[6] meint, daß

[1] Z. B. besagt § 1596 Abs. 3 der sächs. Geschäftsordnung: „Betrifft der Schuldtitel die Forderung aus einem Wechsel, aus einem kaufmännischen Orderpapier (HGB. § 363), oder aus einer von dem Angewiesenen schriftlich angenommenen Anweisung (BGB. § 784), so müssen dem Gerichtsvollzieher zur Mitauslieferung an den Schuldner auch die im Schuldtitel erwähnten Wechsel, Kreditpapiere, Anweisungen und Protesturkunden übergeben werden.“ Und nach § 1620 Abs. 1 darf der Gerichtsvollzieher diese Urkunden während der Dauer der Vollstreckung nicht aus der Hand geben.

[2] S. 295 N. 45.

[3] Ebenso Seuffert a. a. O. Auch Voss, Vollstr. Z. 13 S. 77 scheint sich dieser Erwägung nicht zu verschließen.

[4] Das mag vor dem Inkrafttreten der ZPO. anders gewesen sein. Vgl. ROHG. IV. ZS. vom 4. Juni 1873 (Bd. 10 S. 151).

[5] S. 295.

[6] a. a. O.; ebenso Grünhut a. a. O.

der Gerichtsvollzieher nur auf Antrag des Schuldners den Wechsel fordern dürfe, so konstruiert er eine Retentionseinrede in der Vollstreckungsinstanz, die unzulässig ist. Will man die Vorschrift des § 757 ZPO. sinngemäß auf den Wechsel anwenden, so kann man nur sagen, daß durch die Quittung des Gerichtsvollziehers das Recht des Schuldners, nachträglich den vom Gläubiger quittierten Wechsel zu fordern, nicht berührt wird.

Das Argument, daß sich die Beschränkung des a. 39 WO. unmittelbar aus dem Gesetze ergebe; ist nicht stichhaltig. Auch andere Beschränkungen ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz. Der Regreßpflichtige ist nur gegen Auslieferung des Protestes und einer quittierten Rückrechnung zur Zahlung verpflichtet (a 54 WO.). Die Praxis[1] hat Bedenken getragen, auch diese Beschränkung in die glatte Verurteilung hineinzuinterpretieren, und den Beklagten auf den Weg der Einrede im Prozeß verwiesen. Mit Recht. Es ist aber nicht begründet, dem Wechsel eine Sonderstellung einzuräumen. Der Regreßpflichtige hat ein ebensolches Interesse an der Aushändigung des Protestes, wie der Akzeptant an der des Wechsels. Inkonsequent ist die gegnerische Meinung auch darin, daß die Beschränkung, wie das Reichsgericht[2] verlangt, auf Antrag in dem Urteil ausgesprochen werden muß. Es mag schließlich noch erwähnt werden, daß als Folge der herrschenden Meinung in offenbarer Mißachtung des § 308 Abs. 1 ZPO. die Beschränkung des a. 39 WO. vielerorts im Versäumnisfalle in das Urteil aufgenommen wird, obgleich der Kläger glatte Verurteilung beantragt hat.

Aus diesen Gründen lehne ich jene Auslegung des Wechselurteils ab und halte daran fest, daß auch hier die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug etwas anderes ist als die glatte Verurteilung, und daß die beschränkte Verurteilung, mag es sich um die Aushändigung von Beweisurkunden, von Wertpapieren, oder

[1] LG. Dresden vom 27. Juli 1900 (S. A. 56 Nr. 160).

[2] VI. ZS. 9. Dezember 1895 (Entsch. 36 S. 105), II. ZS. 17. April 1894 (Bolze 18 Nr. 319).

um eine andere „Gegenleistung“[1] handeln, nur erfolgen darf, aber auch erfolgen muß, wenn sich der Beklagte zweckmäßig verteidigt, und daß die Art der Gegenleistung keinen Unterschied für ihre Behandlung in der Vollstreckung macht. Immerhin soll der Gerichtsvollzieher versuchen, den Wechsel mit dem Schuldtitel zu erlangen, auch wenn zur Leistung schlechthin verurteilt ist. Denn mit der Befriedigung des Gläubigers gewinnt der Schuldner einen Anspruch auf Aushändigung der Urkunde. Ein neuer Prozeß um dieses Anspruchs willen soll nach Möglichkeit vermieden werden. Als Anweisung dieses Inhalts an den Gerichtsvollzieher hat die bekämpfte Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts einen unbestreitbaren Wert. Aber ein Zwang zur Aushändigung des Wechsels, sei es auch nur ein indirekter, kann bei glatter Verurteilung auf den Gläubiger nicht ausgeübt werden.

C. Anhang.

Keine Retentionseinreden sind das Verlangen der Vorlegung des Hypothekenbriefes nach § 1160 BGB., die Einrede der mangelnden Ausgleichung eines Fehlbetrags zur Deckung einer Auflage nach § 526 Abs. 1 BGB. und die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung[2] nach den §§ 258, 1005, 811, 867 BGB., 838 ZPO., die nach Langheineken und Kohler[3] gleichfalls zur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug führen sollen. Entgegen einer in der Kommission zweiter Lesung gefallenen Meinungsäußerung[4] ist dies für § 1160 BGB. jetzt unbestritten, da der

[1] Von einer Gegenleistung spricht hinsichtlich des § 1144 BGB. auch das Reichsgericht V. ZS. vom 27. Juni 1903 (Entsch. 55 S. 227).

[2] Sie ist scharf zu scheiden von der Replik der erfolgten Sicherheitsleistung nach den §§ 273 Abs. 3, 321, 2217 Abs. 2 BGB., die sich gegen eine Einrede, nicht gegen den Anspruch richtet. Ebenso Enneccerus-Lehmann I S. 327 Anm. 1. Anders Langheineken zu § 321. Allerdings gibt die Fassung des § 321 zu Zweifeln Anlaß. Es ist aber nicht anzunehmen, daß das Gesetz auf Grund desselben Sachverhalts zwei Verteidigungsbehelfe gibt, von denen der eine zur Abweisung, der andere zur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug führt.

[3] Ebenso Seuffert und Petersen-Anger zu § 838 ZPO.

[4] Vgl. Prot. III S. 664.

Zweck dieser Einrede nicht die Aushändigung, sondern die Vorlegung ist, die es dem Beklagten ermöglichen soll, den Briefinhalt zu seiner Verteidigung zu verwerten.[1] Für die verzögerliche Einrede des § 526 Abs. 1 BGB. ergibt es sich aus der Bestimmung des § 525 Abs. 1, die das Rechtsverhältnis zwischen Schenker und Beschenkten hinsichtlich der Vollziehung der Auflage regelt. Danach entsteht der Anspruch auf Vollziehung der Auflage erst, wenn der Schenker seinerseits geleistet hat.[2] Dieser Grundsatz muß im § 526 Abs. 1 BGB. analoge Anwendung finden. Der Beschenkte ist also nicht verpflichtet, Zug um Zug gegen Auszahlung des Fehlbetrags die Auflage zu vollziehen. Die etwas ungenaue Formulierung des § 526 Abs. 1 BGB. („bis ... ausgeglichen wird") fällt demgegenüber nicht ins Gewicht.

Auch bei der Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung liegt ein Grund für die Annahme einer Zug-um-Zug-Verpflichtung, abgesehen vom Wortlaut, nicht vor. Der Schuldner kann erst dann, wenn der Gläubiger geleistet hat, beurteilen, ob er gesichert ist. Ein Zurückbehaltungsrecht im technischen Sinne kommt natürlich nicht in Frage, da der Schuldner keinen Anspruch auf die Sicherheitsleistung hat. Es liegt aber überhaupt kein Retentionsrecht vor, weil der Retentionsberechtigte stets eine bestimmte Gegenleistung verlangt, während der Umfang der erforderlichen Sicherheitsleistung im Laufe der Zeit Schwankungen unterworfen ist und die Art der Sicherheit im Belieben des Gläubigers steht (§ 232 BGB.). Damit hängt es zusammen, daß die beschränkte Verurteilung in diesem Falle dem Zweck der Einrede, der Sicherung des Schuldners, widerstreiten würde, und sich schon deshalb verbietet. Das Urteil könnte, wenn es überhaupt vollstreckbar sein soll, nur auf Leistung gegen eine bestimmte Sicherheit lauten. Das wäre unvereinbar mit der tatsächlichen Verpflichtung des Beklagten, nach der er erst zu leisten braucht, wenn „entsprechende" Sicherheit geleistet ist. Der Unterschied würde deutlich werden, wenn nach der Verurteilung zur Leistung gegen Sicherheitsleistung die im Urteil

[1] So RG. V. ZS. 27. Juni 1903 (Entsch. 55 S. 224 ff.) und die Kommentare.

[2] Vgl. Planck, Bem. 2b zu § 525 BGB. RG. VII. ZS. 7. März 1905 (Entsch. 60 S. 241).

festgesetzte Sicherheit unzureichend werden würde. Dann wäre der Schuldner gegenüber dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger wehrlos, denn nur „die geleistete Sicherheit" ist zu ergänzen (§ 240 BGB.); eine Einwendung gegen den festgestellten Anspruch nach § 767 ZPO. ließe sich aber mit der Unzulänglichkeit der Sicherheit nicht begründen, weil der Schuldner nur bestreiten kann, daß er zur Zeit seiner Verurteilung nach dem Inhalt des Urteils verpflichtet gewesen sei. Dieses Ergebnis beweist die Unnatürlichkeit der Konstruktion einer Verurteilung zur Leistung gegen Sicherheitsleistung, die zwar nach dem Klagantrag erfolgen kann, aber niemals dann, wenn der Beklagte die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung berechtigterweise vorschützt.[1]

Zweites Kapitel.

§ 6.

Die Verurteilung zu künftiger Leistung gegen Gegenleistung.

Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ist keine Verurteilung zu künftiger Leistung. Vielmehr soll die Leistung nach dem Urteil sofort erfolgen, wenn sie auch nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich gegen Gegenleistung, zu erfolgen braucht.

Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug kann sich mit einer Verurteilung zu künftiger Leistung verbinden, „wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde" (§ 259 ZPO.).[2] Sofern die Verurteilung auf Grund einer Retentionseinrede erfolgt, liegt darin ein weiterer Beweis für die Richtigkeit der oben vertretenen Ansicht, daß die Retentionseinrede auch gegenüber der Feststellungsklage wirksam geltend gemacht werden kann. Denn die Feststellungsklage und die Klage auf künftige Leistung sind in diesem Punkte wesensgleich. Auch ohne die Voraussetzung

[1] Vgl. Staudinger, Bem. 6 zu § 202 BGB.; Gaupp-Stein zu § 838 ZPO.

[2] Anerkannt von OLG. Hamburg II. ZS. 3. November 1904 (Rspr. 11 S. 76) und in den Kommentaren.

des § 259 kann auf Grund des § 257 ZPO. zu künftiger Leistung gegen Gegenleistung verurteilt werden, aber nur, wenn die Leistung in der Zahlung einer Geldsumme besteht und nicht wegen eines Anspruchs aus einem gegenseitigen Vertrage, solange er von der Gegenleistung abhängig gemacht werden kann.[1] Allerdings spricht § 257 ZPO. ganz allgemein von „nicht von einer Gegenleistung abhängigen" Geldforderungen. Abhängig von einer Gegenleistung ist eine Forderung, wenn die Leistung erst nach einer Gegenleistung oder nur gleichzeitig mit einer solchen zu erfolgen braucht. Von letzterem Fall ist hier die Rede. Nach dem Wortlaut würde also eine Verurteilung zu künftiger Leistung nach § 257 ZPO. in all den Fällen nicht erfolgen können, in denen auf Grund des Antrags oder auf Grund einer Einrede zur Leistung Zug um Zug zu verurteilen wäre.

Dann wäre das Anwendungsgebiet des § 257 ZPO. für Geldforderungen auf ein Minimum eingeschränkt, da ja Quittung in der Regel vom Schuldner auch mittels der Retentionseinrede wird gefordert werden können, es wäre aber umgekehrt eine Verurteilung zu künftiger Leistung auch wegen eines Anspruchs aus einem gegenseitigen Vertrage zulässig, falls der Beklagte die ihm zustehende Retentionseinrede nicht geltend macht. Nun wird zwar die Vorschrift des § 257 ZPO., soweit sie über den Umfang der Kündigungsklage des preußischen Rechts hinausgeht, allgemein als Mißgriff empfunden. Das berechtigt uns aber nicht, das Gesetz zu vergewaltigen und jede Verurteilung zur Leistung Zug um Zug für unvereinbar mit einer Verurteilung zu künftiger Leistung nach § 257 zu erklären. Es herrscht daher auch in der Literatur und Praxis darin Übereinstimmung, daß Quittung, Schuldschein, Wechsel und dergl. nicht als Gegenleistungen im Sinne von § 257 ZPO. anzusehen sind.[2] Man schwankt in der Begründung. Stein vertritt den Standpunkt, daß es sich in solchen Fällen um keine Gegenleistung im Sinne des § 257 ZPO. handele,

[1] Vgl. Busch in DJZ. VII (1902) S. 305ff.; Tuteur S. 21ff.

[2] So Busch S. 307; Tuteur S. 22f.; Hellwig, Anspruch S. 369 Nr. 4; Markus in DJZ. 1900 S. 457, im Recht 1901 S. 558 und ebenda KG. vom 9. August 1901; KG. vom 24. Juni 1901, im Recht 1901 S. 594 und die Kommentare zu § 257 ZPO.

weil sie kein wirtschaftliches Äquivalent der Leistung bilde. Dieser Meinung kann ich aus den schon früher angegebenen Gründen nicht beipflichten. Ich halte daran fest, daß die Konstruktion der Retentionseinrede und der durch sie bedingten Abhängigkeit des Anspruchs von der Gegenleistung beim gegenseitigen Vertrag dieselbe ist, wie bei den hier besprochenen Fällen. Das Gesetz unterscheidet nirgends nach der Art der Leistung. Streng genommen darf man aber auch beim gegenseitigen Vertrag nicht von einer Äquivalentleistung sprechen, denn weder muß die Gegenleistung dies auf der Basis der Vertragsfreiheit nach einem objektiven Maßstab sein, noch ist sie es jemals im Sinne einer Partei, da ja sonst ein Vertrag gar nicht zustande käme. Aber auch Tuteurs Beweisführung, daß die bezeichneten Leistungen, die Quittung und dergl., kausal, nicht zeitlich, die Folgen der Leistung des Schuldners und deshalb begrifflich keine Gegenleistungen seien, ist nicht schlüssig, denn er verwechselt den selbständigen Anspruch des Schuldners auf die Quittung, für dessen Entstehung allerdings seine Leistung kausal ist, mit der Quittungsleistung, die nichts destoweniger Gegenleistung sein kann, und als solche mit der Retentionseinrede gefordert wird. Man muß auf die ratio des Gesetzes zurückgehen, um darüber Klarheit zu gewinnen, daß die Retentionseinrede bei der Auslegung des § 257 ZPO. gar nicht in Betracht kommt. Bei der Entstehung dieser Bestimmung dachte man nur daran, Geldforderungen aus gegenseitigen Verträgen, die nicht im voraus zu leisten sind, von der Verurteilung nach § 257 ZPO. auszuschließen. Dieser Wille ist Gesetz geworden. Das Gesetz steht also auf dem Standpunkt, daß solche Geldforderungen vor der Bewirkung der Gegenleistung des allgemeinen Rechtsschutzes durch Verurteilung zu künftiger Leistungen nicht bedürfen,[1] weil der Gläubiger dadurch hinreichend gesichert ist, daß er die Gegenleistung in

[1] Auch Hellwig, Lehrbuch I S. 370 (III, 1a) scheint dies anzunehmen, da er nur Gegenleistungen „im Sinne der gegenseitigen Verträge" ausnimmt, während er Anspruch S. 369 Nr. 4 jedes „Äquivalent" der Leistung genügen ließ. Auch Schmidt, Lehrbuch S. 716 und Weismann I S. 58 ziehen nur Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen in Betracht, Weismann allerdings ohne Rücksicht darauf, ob die Gegenleistung schon erfolgt ist.

der Hand hat, weil also nach der, allerdings irrigen, Meinung des Gesetzes die Gegenleistung Äquivalent der Leistung ist.

Ebenso ist § 688 Abs. 2 ZPO. auszulegen, wonach Ansprüche, die nach dem Inhalt des Gesetzes von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängig sind, von der Geltendmachung im Mahnverfahren ausgeschlossen sind. Die geringe Abweichung der Formulierung ist unwesentlich. Es wird mit Recht allgemein angenommen, daß hier wie dort die Behauptung bzw. der Beweis, daß die Gegenleistung bewirkt ist, die Beschränkung hinfällig macht.[1]

Wenn aber die Ausnahmebestimmungen der §§ 257, 688 Abs. 2 ZPO. sich nur auf Geldforderungen aus gegenseitigen Verträgen beziehen, dann ist irrig die Annahme,[2] daß die Verurteilung zu künftiger Leistung nach § 257 ZPO. bzw. das Gesuch um Erlaß eines Zahlungsbefehls abzulehnen sei, wenn der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 273 BGB. geltend macht, oder sich aus dem Inhalt des Gesuchs ergibt, daß der Schuldner ein solches geltend gemacht hat. Die Verurteilung nach § 257 ZPO. ist nicht unverträglich mit einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf Grund des § 274 BGB. Übrigens führt die gegenteilige Meinung zu unerträglichen Ergebnissen, wenn der Kläger nicht weiß, ob ein Zurückbehaltungsrecht begründet ist. Dann wird ihm die bloße Feststellung seines Anspruchs mangels Rechtsschutzbedürfnisses[3] versagt werden, wenn der Schuldner die Zurückbehaltungseinrede nicht erhebt, weil dann zu künftiger Leistung verurteilt werden könnte, und diese Verurteilung wieder könnte der Schuldner dadurch ausschließen, daß er rechtzeitig seine Einrede geltend macht.

Die §§ 257, 688 Abs. 2 ZPO. sind Ausnahmebestimmungen. Andere Beschränkungen besonderer Art sind für den Anspruch auf Leistung gegen Gegenleistung und für die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug durch das Prozeßgesetz nicht geschaffen.

---

[1] So Busch a. a. O. S. 306; Tuteur S. 23 und die Kommentare zu §§ 257, 688 ZPO.

[2] Busch S. 307; Tuteur S. 24; Gaupp-Stein zu § 257 IVa und zu § 688 IV, 1; Seuffert zu § 688 Nr. 3; Schlegelberger a. a. O. S. 173.

[3] Gaupp-Stein zu § 256 ZPO. III, 2.

Darum kann dieses Urteil beispielsweise unbedenklich auf eine Widerklage ergehen, es kann, wie fast allgemein anerkannt ist, im Urkundenprozeß gefällt werden.[1]

Drittes Kapitel.

Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug als Vollstreckungstitel.

§ 7.

I. Allgemeines.

Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug hat stets einen über die bloße Feststellung hinausgehenden Gehalt. Sie ist Verurteilung (condemnatio), also eine das klägerische Leistungsbegehren ganz oder teilweise anerkennende Endentscheidung, und kann daher, sofern sie rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, Vollstreckungstitel, „eine die sofortige Vollstreckbarkeit eines Anspruchs (ohne weitere gerichtliche Entscheidung) begründende, öffentliche Urkunde“[2] sein, ist es sogar in der Regel, und in dieser Eigenschaft soll sie zunächst gewürdigt werden. Vollstreckungstitel ist ein Urteil aber nur, wenn es rechtlich als Grundlage einer Zwangsvollstreckung dienen kann. Darum ist die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung nicht Vollstreckungstitel: Denn Zwangsvollstreckung ist Anwendung staatlicher Zwangsgewalt zur Befriedigung oder Sicherung von Ansprüchen auf Leistung,[3] oder, wie Gmelin sagt,[4] „dasjenige, zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit gehörige und in den für dieses Verfahren vorgeschriebenen Formen sich vollziehende Handeln der staatlichen Vollstreckungsorgane, welches

[1] A. M. Seuffert 2b zu § 592 ZPO. Sein Hauptargument, daß es an der erforderlichen Bestimmtheit der Leistung mangele, würde gegen alle Ansprüche auf Leistung Zug um Zug gelten und wird dadurch widerlegt.

[2] Wach, Druckbogen.

[3] Vgl. Gaupp-Stein, Vorbem. vor § 704 ZPO.

[4] Vollstreckbarkeit S. 4.

auf Antrag des Berechtigten erfolgt, behufs Verwirklichung der in einem vollstreckbaren Titel festgesetzten Leistung (Handlung, Duldung oder Unterlassung) im Wege unmittelbaren Zwangseingriffs in das Vermögen, den Willen oder die Freiheit des Verpflichteten." Da sich bei der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung infolge der Bestimmung des § 894 ZPO. eine außerhalb des Urteils liegende Betätigung der Staatsgewalt erübrigt, wird von der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung erst später die Rede sein. Andererseits ist das, was im folgenden über die Vollstreckung der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug zu sagen sein wird, auf die Vollstreckung aus anderen Schuldtiteln, die Zug um Zug zu erfüllende Verbindlichkeiten zum Gegenstande haben, entsprechend anwendbar. Erwähnung verdienen besonders der gerichtliche, prozeßbeendigende, und der im Sühneverfahren geschlossene Vergleich (§ 794 Ziffer 1 und 2), sowie die exekutorische Urkunde (§ 794 Ziffer 5 ZPO.).[1]

Die Eigenschaft eines Urteils als Vollstreckungstitel geht nicht immer mit der Fähigkeit tatsächlich Grundlage eines konkreten Vollstreckungsaktes zu sein, Hand in Hand. Diese fehlt, wenn die Leistung oder Gegenleistung im Urteil nicht bestimmt genug bezeichnet, oder wenn die genau umschriebene nicht möglich ist. Ein Beispiel bietet die Verurteilung zur Leistung gegen eine dem Betrage nach noch zu liquidierende Gegenleistung,[2] wenn sie als Endurteil und nicht als Zwischenurteil im Sinne von § 304 ZPO. auftritt. Hier kann dem Gläubiger nur eine neue Verurteilung, die freilich an die Gründe der ersten Entscheidung gebunden ist, zur Vollstreckung verhelfen. Die Rechtskraft des ersten Urteils verbietet nur eine abweichende Entscheidung auf Grund desselben Sachverhalts, nicht aber eine erneute Verurteilung, wenn ein Rechtsschutzbedürfnis anerkannt wird.[3] Bei der Unmöglichkeit der Gegenleistung kann die neue Verurteilung in dieselbe Leistung auch nur auf eine veränderte

---

[1] A. M. für diese Seuffert, Bem. 6c zu § 794.

[2] ROHG. II. Sen. vom 16. März 1872 (Bd. 5 S. 283 ff.).

[3] Stein, Voraussetzungen S. 96.

Rechtslage gestützt werden. Denn sonst müßte ja die neue Verurteilung ebenso lauten, wie das nicht vollstreckungsfähige Urteil. Bestand daher die Unmöglichkeit schon zu dem für die erste Verurteilung maßgebenden Zeitpunkt (ZPO. § 767 Abs. 2), so läßt sich die neue Klage darauf nicht stützen und der Gläubiger muß sich mit dem nicht vollstreckungsfähigen Titel bescheiden. Eine veränderte Rechtslage liegt vor, wenn infolge der Unmöglichkeit der Gegenleistung der Schuldner seinen Anspruch auf die Gegenleistung verloren hat (§§ 324, 275 BGB.) und seine Verpflichtung dadurch von der Beschränkung frei geworden ist, aber auch dann, wenn der Gläubiger für die als Gegenleistung auszuhändigende Urkunde ein Ausschlußurteil[1] erwirkt hat, denn der Schuldner, der z. B. nach dem ersten Urteil zur Zahlung gegen Aushändigung des Wechsels verpflichtet war, ist nunmehr zur Zahlung gegen das Ausschlußurteil verpflichtet,[2] schließlich aber auch im Falle des § 410 BGB., wenn der Zedent dem debitor cessus die Abtretung nach dem Urteil schriftlich angezeigt hat und dem Zessionar die Abtretungsurkunde verweigert. Wenn aber auch in solchen Fällen tatsächlich das erste Urteil nur als Feststellung einen praktischen Wert hat, ist es doch begrifflich Kondemnation im Gegensatz zum reinen Feststellungsurteil.[3]

Die mangelnde Vollstreckungsfähigkeit des Titels ist eine zufällige Begleiterscheinung, denn unter Umständen hängt sie davon ab, ob sich bei den Vollstreckungsorganen ein Interpret für die ungenau bezeichnete Gegenleistung findet, oder ob der Gläubiger die Vollstreckung betreibt, solange die Gegenleistung noch möglich ist.[4]

---

[1] Für die Protesturkunde und die Anweisung des bürgerlichen Rechts ist ein Aufgebotsverfahren allerdings nicht vorgesehen. Für die Anweisung dürfte freilich nach Analogie aus § 371 S. 2 BGB. ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis genügen.

[2] Vgl. RG. I. ZS. 26. Oktober 1901 (JW. S. 844 Nr. 26).

[3] Vgl. Weismann, Feststellungsklage S. 126ff. gegen Degenkolb, Einlassungszwang S. 144f.

[4] Schon daraus ergibt sich, daß, wenn auch die Unmöglichkeit auf Grund des ersten Titels zu vollstrecken, das Bedürfnis nach erneuter Verurteilung begründet, doch die Vollstreckung aus dem neuen Titel von der vorherigen Rückgabe des alten abhängig gemacht werden muß, um den

Daß eine Vollstreckung ausgeschlossen ist, wenn die Gegenleistung nicht angeboten werden kann, weil sie unmöglich ist, daß also in diesem Falle dem Gläubiger nur eine neue Klage zur zwangsweisen Befriedigung seines Anspruchs verhelfen kann, wird von NEUMANN[1] mit Unrecht bestritten. Er hält es für zulässig, die Leistung zu erzwingen, wenn in der Vollstreckungsinstanz der Nachweis der Unmöglichkeit der Gegenleistung geführt wird. Das Gesetz bietet dafür keinen Anhalt. NEUMANN scheint übersehen zu haben, daß die Unmöglichkeit der Gegenleistung, auch die unverschuldete, dem Gläubiger nur in Ausnahmefällen einen Anspruch auf die Leistung schlechthin gewährt. Wäre dies nicht der Fall, so wäre seine Ansicht unbedenklich. Es handelt sich aber nicht nur darum, die Unmöglichkeit der Gegenleistung festzustellen, sondern gleichzeitig die dadurch herbeigeführte Änderung der materiellen Rechtslage zu beurteilen. Die Befassung des Vollstreckungsgerichts mit dieser wichtigen und besonders bei gegenseitigen Verträgen stets heiß umstrittenen Frage würde nicht nur das Gericht unnötig belasten, sondern wäre auch unvereinbar mit den Grundprinzipien unseres Vollstreckungsrechts, das die Entscheidung über Fragen des materiellen Rechts grundsätzlich dem Vollstreckungsgericht nach Möglichkeit entzieht. Die Praxis hat sich denn auch gegenüber der von NEUMANN vertretenen Meinung ablehnend verhalten.[2]

Während die urteilsmäßige Feststellung für und gegen beide Parteien wirkt, ist das Urteil als Vollstreckungstitel nur für den Gläubiger und gegen den Schuldner verwertbar. Dies auch bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug. Ist der Kläger auch Schuldner der Gegenleistung, so wird er gleichwohl nicht zu deren Bewirkung verurteilt.[3] Die Bemerkung ist nicht so

---

Schuldner gegen die Gefahr doppelter Vollstreckung wegen einer Verpflichtung zu schützen.

[1] JW. 1901 S. 740.

[2] Landgericht München I Besch. 1. ZK. vom 18. Dezember 1905 (Bayr. Z. für Rechtspfl. 1906 S. 146); GAUPP-STEIN II zu § 756 ZPO.

[3] Vgl. WACH, Handbuch S. 14 Anm. 6. Man hüte sich, von einer Verurteilung zur Gegenleistung zu sprechen, wie es STÖLZEL, Schulung I S. 209 tut.

überflüssig, wie sie heute scheint. Das sächsische Exekutionsgesetz vom 28. Februar 1838 bestimmte in § 5: „Ist die Verurteilung einer Partei durch eine Gegenleistung bedingt, die gleichzeitig eintreten soll (z. B. Bezahlung des Kaufgeldes für die abzuliefernde Sache), so steht es jedem der Interessenten frei, die Exekution des Erkenntnisses sofort nach eingetretener Rechtskraft zu suchen." Da der Kläger niemals einen Vollstreckungstitel gegen sich selbst beantragen kann, wäre eine solche Regelung nur denkbar bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf Grund der Retentionseinrede bei beiderseitigen Verpflichtungen und würde die Widerklage auf eine Stufe stellen mit dieser Einrede. Das wäre auch de lege ferenda zu verwerfen, einmal aus systematischen Gründen, denn die Widerklage ist Angriffs-, die Einrede nur Verteidigungsmittel, dann aber auch, weil ein praktisches Bedürfnis nicht vorliegt.

Allerdings kann ein Vergleich oder eine exekutorische Urkunde über Zug um Zug zu erfüllende gegenseitige Verbindlichkeiten gegen beide Parteien vollstreckbar sein, doch liegen dann stets zwei Verpflichtungserklärungen vor. Ein solcher Titel ist also dem Urteil vergleichbar, das auf Klage und Widerklage hin beiderseitig zur Leistung gegen Gegenleistung verurteilt.[1] Bei der einfachen Verurteilung zur Leistung Zug um Zug kann aber der Beklagte nach geltendem Rechte die Befriedigung seines Gegenanspruchs niemals, auch nicht indirekt erzwingen, denn er kann nicht die Vollstreckung gegen sich selbst betreiben. Versetzt er den Kläger in Annahmeverzug, indem er unter gleichzeitigem Angebot der Leistung die Gegenleistung erfolglos verlangt (§ 298 BGB.), so kann er sich für die Dauer dieses Annahmeverzugs

[1] Ein bloßer Antrag des Beklagten hat dieselbe Wirkung wie die Widerklage im Falle des § 717 Abs. 2 ZPO. und kann zu einer Verurteilung des Klägers zum Schadenersatz gegen Rückgewähr der bei der Vollstreckung des aufgehobenen Urteils gewährten Gegenleistung führen, wenn es der Beklagte beantragt, oder der Kläger sein Zurückbehaltungsrecht (hier im Sinne von § 273 BGB.) geltend macht. Vgl. Stölzel, Schulung I S. 212, 216 und über die Frage, ob gegenüber dem Verurteilungsantrage aus § 717 Abs. 2 ZPO. materielle Einreden zulässig sind: Gaupp-Stein zu § 717 III, 4; Seuffert Nr. 2h und Raydt S. 53.

nicht gegen eine Zwangsvollstreckungsmaßregel, sondern nur gegen die Beitreibung der Kosten, und auch nur mittels Einwendung nach § 766 ZPO. mit Erfolg wehren.[1] Die Gefahr dieser Kostenlast für den Kläger gibt freilich dem erfüllungsbereiten Beklagten bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auch ein schwaches Pressionsmittel zur Befriedigung seines Gegenanspruchs in die Hand.

Der Schuldner, der zur Leistung Zug um Zug gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung verurteilt wird, wird damit nicht zum Empfang der Gegenleistung verurteilt. Auch in den wenigen Fällen, wo das Gesetz einen Anspruch auf Abnahme eines Leistungsgegenstandes gibt (BGB. § 433 Abs. 2, 640 Abs. 1), kann dieser Anspruch nicht aus dem Urteil, das auf Zahlung gegen Lieferung lautet, vollstreckt werden. Es steht aber nichts im Wege, die Klage auf Abnahme der Gegenleistung mit der Klage auf Leistung zu verbinden. Der Antrag lautet dann richtig nicht auf Abnahme gegen Zahlung,[2] noch auf Zahlung gegen Abnahme, sondern auf Abnahme und Zahlung. Dem entspricht auch das Urteil, wenn der Beklagte von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags keinen Gebrauch macht. Andernfalls richtet sich diese Einrede — und das ist bei der Urteilsfassung zu beachten, auch wenn es in der Verhandlung nicht zum Ausdruck gekommen ist — nicht gegen die Abnahme-, sondern lediglich gegen die Zahlungsverpflichtung. Nur diese soll von der Gegenleistung abhängig sein, nicht, weil sie die Hauptverpflichtung ist, sondern weil die Abnahme ohnehin die Lieferung voraussetzt. Der Beklagte wird darum verurteilt:

1. die Ware abzunehmen,
2. Zug um Zug gegen Lieferung den Kaufpreis zu zahlen.[3]

[1] Vgl. Planck, Lehrbuch II S. 658.

[2] Ich würde diese Bemerkung für überflüssig halten, wenn ich nicht selbst die abgelehnte Fassung in Klaganträgen gelesen hätte.

[3] Ebenso Förtsch, DJZ. 1905 und Staub, Exkurs vor § 373 HGB. Anm. 82. Man beachte aber das ganz mißlungene Urteil JW. 1883 S. 86. A war verpflichtet von X eine Auflassung entgegenzunehmen und bei dieser Gelegenheit an B 1500 Mk. zu zahlen. Die Auflassung war also nur Bedingung der Zahlungsverpflichtung und keine dem B obliegende Gegenleistung. Gleichwohl würde A zur Zahlung gegen Auflassung verurteilt.

Die Abnahmeverpflichtung hat also mit dem hier behandelten Urteil nichts gemein.

Mit dem Vollstreckungstitel erwirbt der Gläubiger den Vollstreckungsanspruch, den publizistischen Anspruch auf Anwendung der staatlichen Zwangsgewalt zur Erzwingung der in jenem festgesetzten Leistung.[1] Durch Veränderungen des materiellen Anspruchs wird der Vollstreckungsanspruch nicht unmittelbar berührt. „Vermöge der Formalnatur seiner causa kann er bestehen, obschon das durch ihn zu verwirklichende oder zu sichernde Recht nicht oder nicht mehr besteht.“[2] Ist der rechtskräftig festgestellte Anspruch nachträglich erloschen oder gemindert, so bleibt es dem Schuldner vorbehalten, der ihm aus dem Titel drohenden Gefahr der Zwangsvollstreckung mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. zu begegnen. Zu den Gründen, die diese Klage rechtfertigen können, gehört auch das Erlöschen des materiellen Anspruchs infolge nachträglich eingetretener Unmöglichkeit der Gegenleistung. Ist der Schuldner aus einem gegenseitigen Vertrag zur Leistung Zug um Zug gegen die Gegenleistung verurteilt und wird er infolge nachträglich eintretender Unmöglichkeit der Gegenleistung von der Verpflichtung zur Leistung frei (BGB. § 323 Abs. 1), so kann er verlangen, daß die Zwangsvollstreckung aus jenem Titel durch Urteil für unzulässig erklärt werde.[3] Aber nicht kann diese Wirkung der Unmöglichkeit der Gegenleistung schlechthin beigemessen werden.[4] Nur wo diese den Anspruch in einem dem Schuldner günstigen Sinne beeinflußt, ist sie für die Begründung der Vollstreckungsgegenklage beachtlich. In den meisten Fällen der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ist eine Veränderung der materiellen Rechtslage infolge der Unmöglichkeit der Gegenleistung nicht denkbar. Der mögliche Verlust des Anspruchs infolge Unmöglichkeit der Gegenleistung bzw.

---

[1] Vgl. Wach, Handbuch 21, 322 Anm. 27, Vortr. S. 300 und über den Stand der Lehre Müller S. 11ff.

[2] Wach, Vortr. a. a. O.

[3] Falkmann S. 389f.; Seuffert zu § 767 Nr. 2 und zu § 756 ZPO. N. 4. Unverständlich Seuffert zu § 756 N. 2 am Ende.

[4] So z. B. Gaupp-Stein zu § 767 N. 19; Struckmann-Koch zu § 767 Bem. 1; dagegen Seuffert zu § 756 N. 4.

die verhältnismäßige Minderung bei teilweiser Unmöglichkeit, ist eine Eigenart der gegenseitigen Verträge. So kommt es, daß in allen anderen Fällen die Unmöglichkeit der Gegenleistung den Anspruch auf die Leistung nicht berührt und keinen Grund zur Vollstreckungsgegenklage bietet. Hierunter fallen auch die früher erwähnten Retentionseinreden. Das praktisch nächstliegende Beispiel ist der Verlust des Wechsels nach einer beschränkten Verurteilung. Die tatsächliche Unmöglichkeit, ein solches Urteil ohne die Gegenleistung, den Wechsel, zu vollstrecken, gewährt dem Schuldner ausreichenden Schutz.[1] Eine andere, nicht hierher gehörige Frage ist die, ob der Gläubiger mit dem Verlust des Wechsels die Aktivlegitimation eingebüßt hat.

Natürlich ist die Vollstreckungsgegenklage auch gegen eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug aus einem gegenseitigen Vertrage unbegründet, wenn durch die Unmöglichkeit der Gegenleistung der Anspruch auf die Leistung nicht beeinträchtigt, sondern gekräftigt worden ist, wenn Schranken seiner Durchsetzbarkeit gefallen sind und der Anspruch auf Erfüllung Zug um Zug sich zu einem solchen auf Leistung schlechthin entwickelt hat (BGB. § 324 Abs. 1). Dieser Umstand gibt dem Schuldner keine Einwendung gegen den festgestellten Anspruch. Wenn das Urteil auch die materielle Rechtslage nicht richtig wiedergibt, so bleibt doch zu bedenken, daß der Schuldner, dem Leistung schlechthin obliegt, eben auch zur Leistung gegen Gegenleistung verpflichtet ist. Die tatsächliche Unmöglichkeit, das Urteil auf die Dauer der Unmöglichkeit der Gegenleistung zu vollstrecken, rechtfertigt die Vollstreckungsgegenklage nicht. Mit Unrecht hat das Oberlandesgericht Hamburg[2] das Gegenteil ausgesprochen. Der Kern jener Entscheidung, die allgemeinen Beifall gefunden zu haben scheint, lautet: „Die Unmöglichkeit der Gegenleistung hat zur Folge, daß das Urteil, das formell wie materiell Recht unter den

[1] Damit ist nicht gesagt, daß zur Zeit des Vollstreckungsaktes — der Pfändung, des Termines zur Abnahme des Offenbarungseides — die Gegenleistung möglich sein muß. Ist sie einmal ordnungsgemäß angeboten, so hindert der spätere Verlust den Fortgang der Vollstreckung nicht. Darüber im folgenden Abschnitt.

[2] IV. ZS. vom 20. Dezember 1893 (S. A. 50 Nr. 139).

Parteien hergestellt hat, eine Zwangsvollstreckung gegenwärtig nicht mehr ermöglicht. Damit wird das Recht des Gegners auf Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil hinfällig. Der Klägerin steht aber gleichwohl noch immer ein formell rechtskräftiges, jedoch innerlich durch die Ereignisse der Folgezeit entkräftetes Urteil gegenüber, dessen Schein durch eine gerichtliche Entscheidung zu zerstören, sie wohlbegründetes Interesse hat.“ Nach dieser Argumentation würde jede Unmöglichkeit der Gegenleistung, ohne Rücksicht auf ihren Einfluß auf die materielle Rechtslage, die Vollstreckungsgegenklage stützen. Ich glaube nicht, daß das Oberlandesgericht Hamburg ein solches Ergebnis befürworten wollte. Wenn ich den jenem Urteil zugrunde liegenden Tatbestand richtig erfaßt habe, handelte es sich gar nicht darum, daß die im Urteil festgesetzte Gegenleistung unmöglich geworden war, sondern daß die Vertragserfüllung durch Bewirkung der Gegenleistung unmöglich geworden war, weil der jetzige Kläger aus § 767 ZPO. von einem Rücktrittsrecht berechtigtermaßen Gebrauch gemacht hatte. Das Urteil gehört also gar nicht in die Unmöglichkeitslehre.

§ 8.

II. Die Bedingung der Vollstreckung.

Der im Urteil als Vollstreckungstitel liegende Leistungsbefehl, wenn man einen solchen überhaupt anerkennt, lautet bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf Leistung Zug um Zug. Er ist ebensowenig bedingt, wie es der Anspruch auf Leistung gegen Gegenleistung ist. Allerdings ist der angebliche Leistungsbefehl, da der Staat kein Interesse an der Befriedigung des Gläubigers nimmt und die Leistung nicht von Amts wegen erzwingt, im Grunde nur die Quintessenz dessen, was von der materiellen Rechtslage für die Vollstreckungsorgane allein beachtlich ist. Nicht der Richter, sondern das materielle Recht gebietet die Leistung. Wenn man aber den Vollstreckungszugriff mit dem Ungehorsam des Schuldners gegen ein staatliches Befriedigungsgebot rechtfertigen will, so leuchtet es ein, daß von

solchem Ungehorsam bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug erst dann die Rede sein kann, wenn dem Schuldner die Gegenleistung, sei es auch unter dem Verlangen gleichzeitiger Leistung, angeboten worden ist. Die Vollstreckung des Urteils hängt von dem Eintritt dieser Tatsache ab.

Sieht man von der Konstruktion eines Leistungsbefehls ab und begnügt sich, wie es wohl richtiger ist, mit der Annahme eines auf dem Titel beruhenden Vollstreckungsanspruchs, so ist das Resultat für uns das gleiche. Die Vollstreckbarkeit des Urteils und damit der Vollstreckungsanspruch sind bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug bedingt durch das Angebot der Gegenleistung.

Ist der Schuldner zu einer unter einer Bedingung oder nach Ablauf eines Kalendertages zu bewirkenden Leistung verurteilt, so ergibt sich ohne weiteres aus dem materiellen Recht, daß die Vollstreckbarkeit und somit der Vollstreckungsanspruch bedingt bzw. betagt ist (ZPO. §§ 726 Abs. 1, 751), denn die Vollstreckung soll dem Gläubiger nicht mehr verschaffen, als ihm geschuldet wird. Anders bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug. Hier wird die Leistung gegenwärtig und unbedingt geschuldet. Der Erzwingung der Leistung ohne Rücksicht auf die Gegenleistung würde dem Gläubiger nicht mehr verschaffen, als ihm geschuldet wird. Gleichwohl ist die Vollstreckbarkeit bedingt, weil zwar nicht der materielle Anspruch, wohl aber das Vollstreckungsbedürfnis von dem Eintritt einer weiteren Tatsache, dem Angebot der Gegenleistung, abhängt.

Das Vollstreckungsbedürfnis spielt nicht dieselbe ausschlaggebende Rolle, die dem Rechtsschutzbedürfnis im Prozeß zugeteilt ist. Bei der glatten Verurteilung und dem entsprechenden Vollstreckungstitel wird es stets als vorliegend erachtet und vom Gesetz daher nur insofern anerkannt, als dieses dem Schuldner unter Umständen erlaubt, den Vollstreckungsanspruch durch den Nachweis des mangelnden Vollstreckungsbedürfnisses seiner Kraft zu berauben, so bei der liquiden Zahlung und Stundung (ZPO. § 775 Nr. 4 und 5), sowie bei außergerichtlicher Befriedigungsmöglichkeit gemäß § 777 ZPO.[1] In ähnlicher Weise bestimmt

[1] Vgl. Müller, Pfändungspfandrecht S. 48 ff. und die Kommentare.

die österreichische Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896 in § 42:

„Die Aufschiebung (Hemmung) der Exekution kann auf Antrag angeordnet werden ...

4. wenn die Exekution wegen eines Anspruchs stattfindet, der von einer Zug um Zug zu bewirkenden Gegenleistung des betreibenden Gläubigers abhängig ist, und der Gläubiger weder die ihm obliegende Gegenleistung bewirkt hat, noch dieselbe zu bewirken oder sicherzustellen bereit ist."

Als Bedingung der Vollstreckbarkeit erscheint das mangelnde Vollstreckungsbedürfnis dann, wenn in einer erneuten Verurteilung des Schuldners wegen derselben Leistung z. B. wegen Unbestimmtheit der Leistung im ersten Titel, die Vollstreckung von der Rückgabe der vollstreckbaren Ausfertigung des ersten Urteils abhängig gemacht ist.

Auch bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug geht schon aus dem Titel hervor, daß das Vollstreckungsbedürfnis erst noch hergestellt werden muß. Das ist vom österreichischen Gesetzgeber übersehen worden. Da er die Bedingung der Vollstreckbarkeit leugnet und übertriebenes Gewicht darauf legt, daß der Schuldner zu der Gegenleistung komme, wird er der Eigenart des Urteils nicht hinreichend gerecht. Es ist denn auch in Deutschland vor der Novelle niemand auf den Gedanken gekommen, die Vollstreckung in dieser Weise zu handhaben. Sie ist eine Ausnahme, sie gilt nicht für uns. Die besondere Art, in der die Leistung geschuldet wird, äußert sich nach unserem Recht in einer aufschiebenden Bedingung der Vollstreckbarkeit und damit des Vollstreckungsanspruchs; sie äußert sich nicht im Gegenstande dieses Anspruchs, der staatlichen Rechtsschutztätigkeit in ihren verschiedenen Formen, denn diese ist dieselbe bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug wie bei der glatten Verurteilung, aber auch nicht in der Form der Vollstreckung. Nur eine trügerische Analogie aus dem Zivilrecht — in dem allerdings bei der Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug das Angebot der Gegenleistung die Form der Geltendmachung des Anspruchs z. B. der Mahnung ist — und nicht die Logik verlangt danach, daß das Vollstreckungsverfahren, also die Form der Voll-

streckung, ein anderes sei bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug als das gewöhnliche.

Denn vollstreckbar auf Grund einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ist nur die vom Schuldner zu bewirkende Leistung, nicht die Gegenleistung. Nur jene — nicht der Austausch und demnach nicht die Annahme der Gegenleistung — wird geschuldet. Allerdings ist nur gegen Gegenleistung zu leisten. Vollstreckung ist aber nicht Leistung.[1] Sie ist Surrogat der Leistung auch nur in dem Sinne, daß sie im günstigsten Falle den vom Schuldner herbeizuführenden Rechtserfolg bewirkt.[2] Darum ist eine Vollstreckung gegen Gegenleistung ein Unding. Wechselseitige Leistung wird durch die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug erstrebt, aber ein Austausch von Leistung und Gegenleistung ist nur bei freiwilliger Leistung denkbar. Leistung und Gegenleistung können bei der Zwangsvollstreckung nicht wie bei freiwilliger Leistung in einem einzigen zeitlich zusammenhängenden Akte vereinigt werden.[3] Der Erfolg des angewandten Zwanges ist so lange ungewiß, bis der Gläubiger befriedigt ist. Vollzieht sich die Erzwingung der Leistung im Wege der Pfändung, so erfolgt die Befriedigung am Ende eines unter Umständen sehr langwierigen Verfahrens, — so wenn sich an Pfändung und Pfandverwertung ein Verteilungsverfahren anschließt, — während der Wert der Leistung dem Schuldner gleich am Beginn der Vollstreckung entzogen wird. Der Austausch von Leistung und Gegenleistung wird demnach durch die Vollstreckung vereitelt. Darum muß dem Schuldner durch jene Bedingung vor der Vollstreckung die urteilsmäßige Erfüllung seiner Verbindlichkeit ermöglicht werden.

Dagegen kann es nicht Aufgabe der Vollstreckung sein, dem Schuldner zu der Gegenleistung zu verhelfen.[4] Die Vollstreckung wendet sich ausschließlich gegen den Schuldner. Das Angebot ist nur Vorbereitung der Vollstreckung und erfüllt seinen

---

[1] A. M. Voss S. 83, dagegen Gaupp-Stein, Bem. Ia zu § 756 ZPO.: „Die Pfändung ist nicht Gegenleistung des Schuldners."

[2] Vgl. Weismann, Lehrbuch II S. 1; Schultze, Privatrecht u. Prozeß S. 72.

[3] A. M. Voss a. a. O. S. 72.

[4] Darüber setzt sich das zitierte österreichische Gesetz hinweg.

Zweck, wenn es sich auch mit dem Verlangen gleichzeitiger Leistung verbindet. Das Angebot ist also der Sache nach, wie hervorgehoben zu werden verdient, eine Art Mahnung des Schuldners auf Grund des Urteils, die der ohne Rücksicht auf die Gegenleistung erfolgenden Zwangsvollstreckung den Weg ebnen soll. Keineswegs braucht der Gläubiger vorzuleisten.

Die Vollstreckung aus einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug hat also das Angebot der Gegenleistung zur Voraussetzung. Dieses Angebot ist seinem Zwecke nach Rechtsschutzvoraussetzung,[1] eine sachliche und nicht eine formelle Bedingung der Vollstreckung. Der Unterschied zwischen sachlichen und formellen Bedingungen der Vollstreckung ist, wie Müller in der zitierten Abhandlung über die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts dargelegt hat und worauf später zurückzukommen ist, von erheblicher Bedeutung. „Die ersteren geben an, aus welchem Grunde und in welchem Umfange es überhaupt zu einer Zwangsvollstreckung kommen kann, die letzteren, in welchen äußeren Formen die Zwangsvollstreckung vor sich zu gehen hat.“[2] Inwieweit das Verfahren der Vollstreckung aus einem Zug-um-Zug-Urteil besonders ausgestaltet ist, kann nur die positiv gesetzliche Regelung ergeben. Abwegig ist die Forderung, daß die Form der Zwangsvollstreckung sich der außergerichtlichen Durchsetzung des Anspruchs anzupassen habe.[3]

Der hier für die Vollstreckung unseres Urteils aufgestellte Gesichtspunkt ist mit der gesetzlichen Regelung unschwer in Einklang zu bringen. Die Aufgabe ist nur die, dem Willen des Gesetzes gegenüber dem Buchstaben zum Siege zu verhelfen. Zwei Jahrzehnte lang, bis zum Inkrafttreten der Novelle, ist man ohne den Buchstaben ausgekommen. Ich möchte meinen, daß man damals bei einiger Überlegung besser mit dem Gesetz hätte fahren können als jetzt.

---

[1] So zählt auch Schmidt, Lehrbuch S. 911 die Bereitschaft der Gegenleistung zu den Rechtsschutzbedingungen der Vollstreckung.

[2] Vgl. Müller insbes. S. 4. Was dort für die Pfändung gesagt ist, gilt auch für die übrigen Formen der Zwangsvollstreckung. So Gaupp-Stein II vor § 704 ZPO.

[3] So Dernburg, Preuß. Privatrecht II S. 116 Anm. 7.

Man hatte es bei der Entstehung der Zivilprozeßordnung in ihrer ursprünglichen Fassung geflissentlich vermieden, für unseren Fall eine gesetzliche Regelung zu schaffen.

Wir lesen in den Motiven:[1]

„Der Entwurf gibt nach dem Vorgange der übrigen neueren Gesetzgebungswerke keine Bestimmungen über die Vollstreckung von Urteilen oder Schuldtiteln, welche eine Leistung Zug um Zug betreffen. Die Rechte beider Parteien bestimmen sich nach dem Zivilrecht, und die Erfahrung lehrt, daß besondere Schwierigkeiten hierbei auch durch die Selbständigkeit des Gerichtsvollziehers nicht erwachsen. Hervorzuheben bleibt nur, daß derartige Fälle nicht unter die Bestimmung des § 614 fallen, die Erteilung der Vollstreckungsklausel mithin nicht versagt werden kann, weil der Gläubiger seinerseits nicht vorgeleistet hat." Fast jedes Wort reizt hier zum Widerspruch. Man ist versucht, entgegenzuhalten, daß sich die Rechte der Parteien in der Vollstreckungsinstanz lediglich nach Prozeßrecht bestimmen und daß kein Grund vorliegt, für die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug davon abzugehen. Und weiter hebt Wach[2] in seiner Kritik dieser Äußerung der Motive überzeugend hervor, daß gerade das Gegenteil von dem, was die Motive wollen, nach der alten Fassung der Prozeßordnung rechtens war. Nicht nur die Analogie aus § 779 (dem jetzigen § 894 ZPO.), sondern vor allem der für die ganze Organisation des Vollstreckungsverfahrens maßgebende Gesetzeswille, daß dem Gerichtsvollzieher überhaupt nichts weiter als die unbedingte Vollstreckung eines vollständig bestimmten Urteils überlassen werden soll,[3] der darin zum Ausdruck gekommen ist, daß die Existenz der sachlichen Voraussetzungen der Vollstreckung grundsätzlich — mit Ausnahme des Ablaufs eines Kalendertages oder einer nach dem Urteil etwa erforderlichen Sicherheitsleistung — schon in der Vollstreckungsklausel beurkundet werden muß, und der Gerichtsvollzieher auf die Prüfung dieser Klausel nur nach ihrer formellen Gesetzmäßigkeit an-

---

[1] Amtl. Ausgabe S. 411; Hahn S. 439.

[2] Vorträge S. 323 ff.

[3] Motive, Amtliche Ausgabe S. 404; Hahn S. 434.

gewiesen ist, zwingen zu der Annahme, daß bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nach dem Gesetz gewordenen Entwurf der Zivilprozeßordnung in Ermangelung einer Ausnahmebestimmung das Angebot der Gegenleistung nachgewiesen werden mußte, bevor die vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden konnte, daß also dieses Angebot unter die in § 664 (jetzigen § 726 Abs. 1 ZPO.) erwähnte Tatsache fiel, von deren Eintritt die Vollstreckung abhängt.

Dieser Widerstreit zwischen der Meinung der Motive und dem Gesetzesinhalt warf seinen Schatten in den Beratungen der Justizkommission des Reichstags voraus.[1] Anlaß dazu gab ein Antrag des Abg. Bähr, hinter dem jetzigen § 751 folgende Bestimmung einzufügen:

„Hängt die Vollstreckung von einer dem Gläubiger obliegenden Gegenleistung ab, so darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, nachdem der Schuldner unter Angebot der Gegenleistung aufgefordert worden ist, Zahlung zu leisten. Auch muß für den Fall der Durchführung der Zwangsvollstreckung die Gegenleistung dem Gegner zur Verfügung gestellt bleiben."

Dieser Vorschlag ist ein glänzendes Zeugnis für die Beherrschung der legislativen Technik durch den Antragsteller. Man beachte wohl, daß mit keinem Worte der Annahmeverzug erwähnt ist, der heute in das Gesetz Verwirrung hineinträgt, daß allein durch die vorgeschlagene Stellung hinter § 751 ZPO. unzweideutig zum Ausdruck kommt, das Angebot der Gegenleistung brauche nicht vor Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung nachgewiesen zu werden, und daß die dem Vollstreckungsorgan übertragene Prüfung dieser sachlichen Bedingung der Vollstreckung dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung unterstehen soll. Die Vorzüge der späteren Novelle sind schon hier zu erkennen, ihre Fehler aber vermieden. Allerdings ist der zweite Satz entbehrlich. Er würde die Vollstreckungsinstanz unnötig belasten. Wenn einmal die Voraussetzungen der Vollstreckung gegeben sind, ist es für deren Fortgang und Abschluß belanglos, ob der Schuldner die Gegenleistung erhält. Praktisch ist das unbedenklich, denn

[1] Protokoll S. 351ff.; Hahn S. 810ff.

wenn die Leistung nicht in Zahlung einer Geldsumme besteht, ist der Schuldner stets in der Lage, auf das Angebot der Gegenleistung einzugehen und seine Leistung zu bewirken, wenn aber dem Schuldner eine Zahlung obliegt und das Angebot, wie dies in solchen Fällen die Regel ist, nur deshalb erfolglos bleibt, weil er unvermögend ist zur Bewirkung der Leistung, dann erwirbt er regelmäßig mit der Befriedigung des Gläubigers einen Anspruch auf die Gegenleistung, falls ihm ein solcher nicht schon von vornherein zustand.

Der Antrag Bähr scheiterte in der Kommission. Man verwies auf die Mannigfaltigkeit der möglichen Fälle, die eine generelle Vorschrift verbiete. Der Regierungsvertreter Kurlbaum II gab zwar zu, daß man, wenn man konsequent sein wolle, verlangen müsse, daß die vollstreckbare Ausfertigung nicht eher erteilt werden dürfe, bis das Angebot der Gegenleistung bewiesen sei, bezeichnete aber gleichwohl den Antrag in seinem ersten Teile als „gegenstandslos", der Regierungsvertreter Dr. Hauser meinte sogar, dieser Satz drücke aus, was bereits im Urteil enthalten sei, der Regierungsvertreter von Amsberg schließlich vertrat, gestützt auf die Motive, den Standpunkt, daß die Frage „mit dem Zivilrecht zu eng verwachsen sei, um im Gesetz gelöst werden zu können".

Die Folge war, daß man sich in der Literatur und Praxis bis zum Inkrafttreten der Novelle unter Berufung auf die Motive über das Gesetz hinwegsetzte und die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug von der Vorschrift des § 664 ZPO. ausnahm.[1] Fitting, Wach und Kohler haben vergeblich dagegen Einspruch erhoben.[2]

[1] Vgl. die Kommentare zu § 664 ZPO. alter Fassung; Bunsen S. 22; auch Dernburg, Preuß. Privatr. II S. 116 Anm. 7; Förster-Eccius I S. 490 Anm. 10; Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 158; Walter, Der preußische Gerichtsvollzieher 1885 S. 84 Nr. 72; JW. 1883 S. 86; Klemm in sächsische Annalen 5. Bd. S. 44ff.; Stölzel, Schulung I S. 247f.; RG. IV. ZS. vom 31. März 1887 bei Gruchot Bd. 32 S. 429; Eccius bei Gruchot Bd. 23 S. 739f.; Brettner in Z. f. Z. P. Bd. 3 S. 331; Planck, Lehrbuch II S. 657; Kipp, Willenserklärung S. 105 und viele andere.

[2] Fitting im Archiv Bd. 61 S. 436 und Reichszivilprozeß 7. Aufl.

Die herrschende Meinung suchte ihren Standpunkt aus praktischen Erwägungen heraus zu begründen.[1] So kann es in der Tat für den Gläubiger wünschenswert sein, unmittelbar nach ergebnislosem Angebot zur Vollstreckung zu schreiten. Man hat vielleicht auch geglaubt, daß sich der Schuldner durch ein Angebot des Gerichtsvollziehers leichter würde zur Leistung bewegen lassen, als durch ein Angebot des Gläubigers. Vor allem aber wäre es häufig mit Schwierigkeiten verknüpft gewesen, für das Angebot der Gegenleistung einen nach § 664 (jetzt § 726 Abs. 1 ZPO.) genügenden Nachweis zu erbringen. Nicht stichhaltig, ja geradezu unbegreiflich war jedoch das weitere Argument, daß der Gläubiger zur Vorleistung gezwungen werden würde, wenn er die Gegenleistung vor Erteilung der Vollstreckungsleistung anbieten müßte. Denn der Gläubiger braucht, wie erwähnt, auch nur die Gegenleistung zum Austausch gegen die geschuldete Leistung anzubieten und braucht über das Angebot nicht hinauszugehen, wenn der Schuldner zur Bewirkung der Leistung nicht bereit ist. Aus dem Begriff der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug folgt nicht, daß die Gegenleistung Bedingung der Vollstreckung sei. „Der zu beweisende Eintritt der Tatsache, von welcher die Vollstreckung abhängt, ist nicht die eigene Leistung oder deren Angebot, sondern dieses Angebot gegen Gegenleistung.“[2] Den angedeuteten Vorzügen der herrschenden Praxis stehen schwerwiegende Nachteile gegenüber, die die Parteien hinsichtlich des Rechtsmittelsystems durch die Übertragung der Prüfung des Angebots der Gegenleistung auf die Vollstreckungsorgane erleiden und die in der Debatte nicht genügend beachtet worden sind. Im Grunde genommen jagte man einem Phantom nach,

---

S. 683 Anm. 6; Wach a. a. O.; Kohler im Archiv Bd. 72 S. 27ff. (Gesammelte Beiträge S. 483ff.); ebenso Weismann, Feststellungsklage S. 127.

[1] Der Versuch Plancks a. a. O., ihn auch theoretisch gegenüber dem klaren Gesetzeswortlaut zu verteidigen, erweist sich schon bei oberflächlicher Betrachtung als völlig gescheitert, denn daß der Schuldner seine Leistung nur gegen Gegenleistung erbringen kann, läßt sich im Ernst nicht behaupten. Nur die urteilsmäßige Bewirkung der geschuldeten Leistung wird dem Schuldner erst durch das Angebot der Gegenleistung ermöglicht.

[2] So Wach a. a. O. S. 325.

der Einheitlichkeit des aus Leistung und Gegenleistung sich zusammensetzenden Erfüllungsaktes. Man glaubte, sie in der Vollstreckung erreichen zu können, während doch gerade die Vollstreckung diese Verbindung unmöglich macht.

Die Novelle hat die bis dahin übliche gesetzwidrige Praxis gesetzlich sanktioniert, indem sie dem § 664 (jetzigen § 726 Abs. 1 ZPO.) einen zweiten Absatz beifügte und zur Ergänzung die §§ 756, 765 ZPO. neu schuf. Diese Bestimmungen lauten:

§ 726.

Abs. 2: „Hängt die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner ab, so ist der Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzug der Annahme ist, nur dann erforderlich, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht."

§ 756.

„Hängt die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner ab, so darf der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung nicht beginnen, bevor er dem Schuldner die diesem gebührende Leistung in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise angeboten hat, sofern nicht der Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzug der Annahme ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird."

§ 765.

„Hängt die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner ab, so darf das Vollstreckungsgericht eine Vollstreckungsmaßregel nur anordnen, wenn der Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzuge der Annahme ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist. Der Zustellung bedarf es nicht, wenn bereits der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung nach

§ 756 begonnen hatte, und der Beweis durch das Protokoll des Gerichtsvollziehers geführt wird."

Die Motive sagen über die Notwendigkeit dieser Neuerung nichts, was nicht schon erörtert worden wäre. Sie billigen zwar ausdrücklich die bisher üblich gewesene Praxis, aber andererseits geht aus der Anordnung in § 726 ZPO. nunmehr in zweifelsfreier Weise hervor, daß die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug zu den Urteilen gehört, deren Vollstreckung vom Eintritt einer Tatsache abhängt. Erfreulich ist es, daß der Streit über die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung für Schuldtitel, die Zug um Zug gegen eine Gegenleistung zu erfüllende Verpflichtungen zum Gegenstande haben, aus der Welt geschafft ist und nunmehr feststeht, daß die Vollstreckungsklausel ohne weiteres wie bei glatter Verurteilung zu erteilen ist, weniger erfreulich, daß die gesetzliche Formulierung so unvollkommen ausgefallen ist, daß neue Zweifel Tür und Tor offen finden.

Dadurch, daß die Prüfung einer sachlichen Bedingung der Vollstreckung dem Prozeßgericht entzogen und dem Vollstreckungsorgan übertragen worden ist, ist die sachliche Bedingung, die Rechtsschutzvoraussetzung, nicht zur formellen Bedingung der Vollstrekung geworden, wie Stein[1] irrtümlich annimmt. Inwieweit die Form des Vollstreckungsverfahrens durch die jetzige Regelung eine Änderung erlitten hat, die mit einer Erschwerung gleichbedeutend wäre, wird später zu erörtern sein. Zunächst ist nur vom Angebot der Gegenleistung als sachlicher Bedingung der Vollstreckbarkeit die Rede.

Das Gesetz zeigt leider nicht im Ausdruck die weise Beschränkung und kristallene Klarheit, die man dem Antrag Bähr nachrühmen konnte. Nur in einem Denkfehler schließt es sich jenem Vorschlag an. Die wiederkehrende Wendung: „hängt die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner ab," ist als Definition der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, als die sie auftritt, ungenau und irreführend. Sie muß zum Teil beschränkt, zum Teil erweitert werden. Beschränkt, denn das gewonnene Ergebnis, daß

[1] Gaupp-Stein, Vorbem. II 3b und IV 2a vor § 704 ZPO.

die Vollstreckbarkeit durch das Angebot der Gegenleistung bedingt ist, kann nur für die Vollstreckung der nach dem Urteil geschuldeten Leistung Geltung beanspruchen. Die Kostenpflicht, deren Vollstreckung auf dem Urteil in Verbindung mit dem Kostenfestsetzungsbeschluß, nicht auf letzterem allein,[1] beruht, ist unbedingt und unterliegt keiner Beschränkung. Insoweit ist die Vollstreckung des Urteils also nicht von der Gegenleistung abhängig. Der Mangel des Vollstreckungsbedürfnisses erstreckt sich nicht auf die Kostenentscheidung. Erweitert: denn wenn der Schuldner nach dem Inhalt des Urteils Zug um Zug gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet ist — diese Fassung würde keine Schwierigkeiten verursachen —, so ist damit eben nicht gesagt, daß die Vollstreckung von der Leistung des Gläubigers abhängt. Andernfalls könnte das Gesetz nicht den Annahmeverzug des Schuldners, zweifellos ein minus gegenüber der Bewirkung der Gegenleistung, dieser gleichstellen.

Diese schlechte Formulierung ist freilich nur die Folge eines Irrtums der am Gesetzgebungswerk beteiligten Personen, eines Irrtums, der zum Glück nicht gesetzliche Billigung erhalten hat. Das zeigt sich weiter im folgenden. Befriedigung und Annahmeverzug, von denen als Voraussetzungen der Vollstreckung in den angeführten Bestimmungen die Rede ist, sind dem Schuldrecht entnommene Begriffe. Ihre Anwendung auf unseren Tatbestand setzt voraus, daß der Schuldner einen Anspruch auf die Gegenleistung hat. In der Tat hat man beim Entwurf der Novelle nur an solche Fälle des Zug-um-Zug-Urteils gedacht,[2] ohne daß sich ein Widerspruch geregt hätte. Die Meinung war die, daß die Vollstreckung zwar begrifflich von der Bewirkung der Gegenleistung, die man mit der Befriedigung des Schuldners identifizierte, abhängig sei, daß aber auf Grund der positiven Bestimmung des § 274 Abs. 2 BGB. der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der

[1] Vgl. Falkmann S. 70ff. A. M. die herrschende Meinung. — Da der Kostenfestsetzungsbeschluß für die Vollstreckung der im Urteil nicht festgesetzten Kosten unentbehrlich ist, enthält die Fassung des § 798 ZPO. keine zwingende Widerlegung der hier vertretenen Ansicht.

[2] Vgl. Hahn zur Novelle S. 136.

Zwangsvollstreckung verfolgen könne, wenn der Schuldner im Verzuge der Annahme sei. Diese scheinbare Ausnahmevorschrift, die sich zunächst nur auf das Zurückbehaltungsrecht im technischen Sinne bezieht, findet nach § 322 Abs. 3 BGB. auch Anwendung auf die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf Grund einer Einrede des nicht erfüllten Vertrags und damit auf die ganze Gruppe der Fälle, in denen die Retentionseinrede, die zur beschränkten Verurteilung führt, mit einem fälligen Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung Hand in Hand geht. Wie steht es aber, wenn die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf einer Retentionseinrede beruht, der kein Anspruch auf die Gegenleistung korrespondiert, wie dann, wenn sie nach dem Klagantrag ergeht, weil der Gläubiger die Leistung nur zum Austausch gegen seine Leistung, der Schuldner aber nicht die Gegenleistung beanspruchen kann? Die Vollstreckung derartiger Urteile hat im Gesetz expressis verbis ebensowenig Berücksichtigung gefunden, wie genau genommen, die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug bei gegenseitigen Verpflichtungen, wenn der Kläger nur ein solches Urteil begehrt hat. Das Gesetz kann diese Urteile ignorieren, wie es die Motive getan haben. Es schafft sie damit nicht aus der Welt. Diese Urteile sind vollstreckungsbedürftig. Sie wären tatsächlich nicht, oder doch nur nach dem Belieben des Schuldners vollstreckbar, wenn man auf dem unhaltbaren Standpunkt beharren wollte, daß ihre Vollstreckung von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig sei. Denn der Gläubiger kann den Schuldner nicht zur Annahme der Gegenleistung zwingen.[1] Nicht einmal ein zum Schadenersatz verpflichtender dolus kann in der Nichtannahme der Gegenleistung erblickt werden, da man dem Schuldner nicht zumuten kann, die Vollstreckung gegen ihn zu erleichtern.

[1] Allerdings kann nach § 1224 BGB. der Verpfänder, der Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung verlangen kann, den Gläubiger auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung befriedigen. Wie sich aber noch zeigen wird, sind diese Befriedigungsmöglichkeiten für die Vollstreckung belanglos und würden uns auch einer grundsätzlichen Stellungnahme nicht überheben, da beispielsweise für die §§ 1477, 1502, 1515 BGB. eine entsprechende Vorschrift nicht besteht.

Aber selbst in den Fällen, die kraft positiver Vorschrift nach § 274 Abs. 2 BGB. in der Vollstreckung behandelt werden sollen, ist diese Bestimmung nicht ausreichend. In Annahmeverzug hinsichtlich der Gegenleistung kann nur der Gläubiger der Gegenleistung gesetzt werden. Dieser braucht mit dem Schuldner, dem die Einrede des Zurückbehaltungsrechts oder des nicht erfüllten Vertrages zusteht, nicht identisch zu sein. Macht der Bürge die dem Hauptschuldner zustehende Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltend — und das Gesetz berechtigt ihn dazu (BGB. § 768) — so wird er zur Leistung gegen Gegenleistung (nicht gegen Empfang der Gegenleistung) verurteilt, obgleich er nicht Gläubiger der Gegenleistung ist.[1] Das gleiche gilt, wenn derjenige, dem der Gebrauch einer vermieteten oder geliehenen Sache überlassen ist, gegenüber der Klage des Vermieters oder Verleihers auf Grund eines konnexen Gegenanspruchs des Mieters oder Leihers ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht hat, und gleichfalls nur zu Leistung Zug um Zug verurteilt worden ist (vgl. BGB. §§ 556 Abs. 3, 664 Abs. 3).[2] Die Bedenken, die gegen die Anerkennung einer solchen exceptio ex jure tertii noch obwalten mögen, entspringen aus der zivilrechtlichen Konstruktion dieser Einreden, die nicht einhellig ist. Die rechtliche Möglichkeit einer Verurteilung zur Leistung gegen eine vom Gläubiger an einen Dritten zu bewirkenden Leistung wird nicht bestritten.[3] Solche Urteile fallen unter § 274 Abs. 2 BGB. Wie soll der Vollstreckungsschuldner hier in Annahmeverzug gesetzt werden? Aber auch wenn, wie im Regelfalle, der einredegeschützte Schuldner einen Anspruch auf die Gegenleistung hatte, und daher ein Dritter, an den die Gegenleistung zu bewirken wäre, im Urteil nicht ge-

[1] Vgl. Stammler, Hallenser Festgabe für Dernburg S. 124f.; Langheineken, Anspruch S. 289f. A. M. Hölder im Archiv für die ziv. Praxis Bd. 93 S. 121, der Abweisung verlangt.

[2] Vgl. Stammler a. a. O. S. 134; Langheineken S. 291.

[3] Man denke z. B. an die Verurteilung des Promissars gegen eine vom Kläger als Promittenten vertragsmäßig an einen Dritten zu bewirkende Leistung. Hier hat allerdings der Schuldner nach § 335 BGB. regelmäßig einen Anspruch auf Bewirkung der Leistung an den Dritten, ist also insofern auch Gläubiger.

nannt ist, ist ein Annahmeverzug des Schuldners ausgeschlossen, wenn dieser nach dem Urteil, das gegen ihn auf Leistung Zug um Zug erkannte, den Anspruch auf die Gegenleistung an einen Dritten abgetreten hat. Niemand kann ihn daran hindern. Ist die Vollstreckung darum unmöglich, wenn er die Annahme der Gegenleistung verweigert und muß der Gläubiger ein neues Urteil erwirken? Das wäre ein Hohn auf die Justiz.

Wenn aber selbst in allen denkbaren Fällen ein Annahmeverzug des Schuldners zivilrechtlich möglich wäre — er ist es nicht, wie wir gesehen haben —, so bliebe doch noch das letzte Bedenken, daß der Annahmeverzug niemals eine brauchbare Voraussetzung für eine Vollstreckungshandlung bilden kann. Der Annahmeverzug, also ein rechtlich qualifizierter Zustand, kann als Voraussetzung der Zwangsvollstreckung nur in der Weise gedacht werden, daß die Vollstreckung zulässig ist, wenn und solange sich der Schuldner nur im Verzuge der Annahme befindet. Das war in Abs. 2 des § 365 des Entwurfs erster Lesung, der dem jetzigen Absatz 2 des § 274 entspricht, ausdrücklich gesagt. Wäre dies der Inhalt des Gesetzes, so müßte der Gläubiger, um die Zwangsvollstreckung zu betreiben, nicht nur die den Schuldner in Annahmeverzug versetzende Handlung, sondern auch das Nichtvorhandensein aller Tatsachen nachweisen, die den Annahmeverzug beendigen würden. Das ist schlechterdings unmöglich. Man wende nicht ein, daß auch im Prozeß der Annahmeverzug des Gläubigers als erwiesen angesehen wird, wenn die den Annahmeverzug begründende Tatsache nachgewiesen ist. Das hängt zusammen mit den Grundlagen des Prozeßverfahrens, der Dispositionsmaxime und der par conditio partium. Die danach geltenden Regeln über die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast können im Vollstreckungsverfahren auch nicht analoge Anwendung beanspruchen, denn dieses ist ein Verfahren mit einseitigem Prozeßbetrieb und nur beschränkt fakultativem Gehör des Schuldners. Eine Schwierigkeit liegt also schon darin, daß der Vollstreckungsgläubiger nicht nachweisen kann, daß der Annahmeverzug noch andauert, daß also der Schuldner sich nicht bereits zur Entgegennahme der Gegenleistung bereit erklärt hat. Man kann nun allerdings das Angebot der Gegenleistung so nahe

vor den Beginn der Vollstreckung rücken — diesem Zweck entspricht das Angebot durch den Gerichtsvollzieher, — daß eine Behebung des Annahmeverzugs vor der Vollstreckung tatsächlich ausgeschlossen ist. Hält man aber den Annahmeverzug überhaupt für wesentlich, so wird man zugeben müssen, daß die Vollstreckung von dem Augenblick an ungesetzmäßig und anfechtbar wird, in dem der Annahmeverzug aufgehört hat. Da aber zur Zeit der Pfändung alle Bedingungen für die Entstehung eines Pfändungspfandrechts gegeben waren, und mit der Ursache, dem Annahmeverzug, nicht die Wirkung, die Unanfechtbarkeit des Vollstreckungsaktes wegfällt, so ist nicht einzusehen, wie die purgatio morae gegenüber der begonnenen Vollstreckung geltend zu machen wäre, denn der Anspruch des Gläubigers wird durch die purgatio morae ebensowenig berührt, wie durch den vorausgegangenen Annahmeverzug.

Das letztere ist allerdings sehr bestritten, und damit kommen wir auf die Frage zu, die den Kern alles entstandenen Übels bildet. Wie erinnerlich, wurde nach früherem Recht bei Zug um Zug zu erfüllenden gegenseitigen Verbindlichkeiten der Anspruch vielfach infolge des Annahmeverzugs des Schuldners hinsichtlich der Gegenleistung von der Beschränkung durch die Gegenleistung frei. Im BGB. hat dieser Gedanke keine Aufnahme gefunden. Die Motive[1] erblicken nun im Entwurf des § 274 Abs. 2 BGB. eine Modifikation des Prinzips zugunsten des Klägers im Stadium der Zwangsvollstreckung. Wäre dies richtig, so könnte der Kläger auf Grund des Annahmeverzugs nach der beschränkten Verurteilung eine glatte Verurteilung erwirken, und es wäre eine Anomalie, daß über diesen Annahmeverzug auch in der Vollstreckung erkannt werden könnte, umgekehrt aber könnte der Schuldner gegen eine solche glatte Verurteilung auf Grund der purgatio morae mit der Vollstreckungsgegenklage vorgehen. Diese zeitliche Beschränkung der Befreiung des Anspruchs von der Gegenleistung auf die Dauer des Annahmeverzugs ist widersinnig. Das hat Hellwig richtig erkannt. Aber er hält an dem angeblichen Prinzip fest, daß der Anspruch auf Leistung Zug um Zug durch

[1] Motive S. 201 (amtliche Ausgabe).

den Annahmeverzug nach der beschränkten Verurteilung inhaltlich verändert wird, und tritt dafür ein, daß diese Veränderung, die Entwicklung zu einem Anspruch auf Leistung schlechthin, für die Dauer, also ohne Rücksicht auf eine etwaige purgatio morae, eintritt.[1] Darin erblicke ich eine Überschätzung der Bedeutung des § 274 Abs. 2 BGB., für die das Gesetz keinen Anhalt bietet. Nicht nur sind solche tiefgehende Wirkungen des Annahmeverzugs dem Gesetz im übrigen fremd, die Wirkungen des Annahmeverzugs auf den Inhalt des Anspruchs sind auch in den §§ 300ff. BGB. erschöpfend dargestellt. Inkonsequent ist es ferner und muß zu der längst überwundenen Konstruktion einer besonderen Judikatsobligation zurückführen, wenn man dem Annahmeverzug nach der Verurteilung eine Wirkung beimißt, die dem Annahmeverzug vor der Verurteilung versagt ist. Man würde so zu der Annahme gezwungen werden, daß der Anspruch schon durch die Verurteilung eine inhaltliche Veränderung erleidet, die ihn erst für die Einwirkung des Annahmeverzugs empfänglich macht. Selbst wenn man aber eine solche Einwirkung für möglich hält, wäre sie doch nur als Folge der rechtskräftigen Feststellung denkbar. Der § 274 Abs. 2 BGB. spricht aber nur von dem Urteil als Schuldtitel, also auch von der vorläufig vollstreckbaren Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, und von dieser kann eine Einwirkung auf den Inhalt des Anspruchs nicht ausgehen. Hellwigs Standpunkt bedeutet also einen Fortschritt gegenüber der Meinung, daß ein Annahmeverzug vor der Verurteilung genüge. Er geht aber nicht weit genug, da er die mögliche zivilistische Wirkung des Angebots der Gegenleistung zu sehr betont. Seine Meinung muß zu einer ganz ungerechtfertigten Unterscheidung zwischen der Verurteilung zur Leistung Zug um

[1] Vgl. Hellwig, Anspruch S. 375, Lehrbuch I S. 258; Gaupp-Stein, Bem. II a zu § 756, der gleichfalls davon spricht, daß der Schuldner durch das den Annahmeverzug begründete Angebot das Recht auf Leistung Zug um Zug verliere; Kulau, Wirkungen des Annahmeverzugs (Diss.) S. 46f., der in § 274 Abs. 2 BGB. gleichfalls eine Wirkung des Annahmeverzugs erblickt. In diesem Sinne spricht auch Kohler, Archiv für die zivil. Praxis Bd. 72 S. 27f. und Archiv für bürg. Recht 13 S. 273f. von der Lösung des Anspruchs aus der Beschränkung infolge der mora accipiendi.

Zug und anderen Schuldtiteln, z. B. einer exekutorischen Urkunde, die eine Zug um Zug zu bewirkende Leistung bei gegenseitigen Verbindlichkeiten betrifft, führen, denn auf diese ist § 274 Abs. 2 BGB. nicht anwendbar.

Streicht man dagegen aus jenem Gedankengange die Bezugnahme auf das materielle Recht, so ergibt sich die einfache, schon anfangs erörterte Lösung. Nicht der vergängliche Annahmeverzug, sondern die unvergängliche Tatsache, die ihn zu begründen geeignet ist, löst die Wirkung aus, daß der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers unbedingt wird. Welche Tatsache dazu genügt, ergibt sich aus § 298 BGB.:

„Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet."

Das Angebot der Leistung gegen die Gegenleistung, d. h. unter Verlangen der Gegenleistung, ist sonach genügend. Freilich nicht deshalb, weil es den Schuldner in Annahmeverzug versetzt, sondern weil es ihm ermöglicht, urteilsgemäß zu leisten.[1] Der Annahmeverzug mag die zivilistische Folge jenes Angebots sein. Für die Vollstreckung ist er irrelevant. Der Absatz 2 des § 274 BGB. ist reine Vollstreckungsnorm und nur die schief formulierte Anwendung eines für jede Verurteilung zur Leistung Zug um Zug gültigen Obersatzes auf ein solches Urteil bei gegenseitigen Verbindlichkeiten.

Für die Vollstreckung der Urteile, die auf Zahlung gegen Aushändigung eines Wechsels oder ähnlicher Urkunden lauten, könnte nur durch ausdrückliche Satzung eine Ausnahme geschaffen werden. Eine solche fehlt im geltenden Recht und wir müssen uns damit bescheiden. Vollstreckt der Gerichtsvollzieher, so macht das vorherige Angebot der Urkunde, nicht zu dem Zwecke, daß der Schuldner auf Grund des Wechsels zahle, sondern damit

[1] Treffend wurde dies vor der Novelle hervorgehoben von Fitting, Reichszivilprozeß. 7. Aufl. 1890 S. 683 Anm. 6: „Der Gläubiger wird . . . nachweisen müssen, daß er dem Schuldner unter Aufforderung zur Leistung die Gegenleistung gehörig angeboten und ihn dadurch in betreff der Erfüllung des Urteils in Verzug gesetzt hat."

er auf Grund des Urteils gegen Aushändigung des Wechsels seiner Zahlungspflicht nachkomme, keine Schwierigkeiten.[1] Nur wenn der Gläubiger sofort die Tätigkeit des Vollstreckungsgerichts anruft, würde diese Voraussetzung etwas umständlicher zu erfüllen sein. Die herrschende Theorie und Praxis umgeht die Schwierigkeit, indem sie in solchen Fällen eine Bedingung der Vollstreckbarkeit in Abrede stellt. Will man ein das Gesetz in dieser Richtung abänderndes Gewohnheitsrecht behaupten, so muß man solche Urteile vollstrecken, als ob sie auf Zahlung schlechthin lauteten,[2] also ohne jede Rücksicht auf die auszuhändigende Urkunde. Unlogisch aber ist die Forderung, daß der Gerichtsvollzieher nur mit dem Wechsel in der Hand vollstrecken und das Vollstreckungsgericht nur dann tätig werden dürfe, wenn der Wechsel vorgelegt werde.[3] Diese inhaltlose Formel schützt den Schuldner nicht. Sie ist zu verwerfen, weil für die Form der Vollstreckung keine besonderen Vorschriften aus der Natur der Wechselschuld hergeleitet werden können, und weil nach materiellem Wechselrecht der Gläubiger über den Wechsel bis zur Befriedigung verfügungsberechtigt ist, auch wenn die Zwangsvollstreckung schon begonnen hat.

Wenn wir uns nach dem Vorausgegangenen von der durch das Gesetz suggerierten Vorstellung befreien, daß es der Annahmeverzug des Schuldners sei, der Wirkungen im Vollstreckungsverfahren auslöse, so erledigen sich auch alle Betrachtungen darüber, ob ein vor dem Urteil eingetretener Annahmeverzug die glatte Verurteilung gestattet. Wenn durch das Angebot der Gegenleistung dem Schuldner die urteilsgemäße Erfüllung seiner Verpflichtung ermöglicht werden soll, kann ein Annahmeverzug vor dem Urteil nicht genügen. „Nichts von dem, was vor dem

[1] Dieses Angebot wird, wie ich aus Köhlers Leitfaden für den deutschen Gerichtsvollzieher S. 14 entnehme, in der Praxis des Offenbarungseidsverfahrens hier und da auch gefordert.

[2] So Seuffert, Bem. 2b zu § 726 ZPO.; Weismann, Lehrbuch II S. 38. Auch daß der Gerichtsvollzieher zur Annahme der freiwilligen Zahlung des Wechsels bedürfe, ist abwegig.

[3] So Gaupp-Stein, Bem. III zu § 726 ZPO. und die dort zitierte Judikatur. Vgl. auch das zu § 5B Gesagte.

Urteil liegt, fällt unter die Tatsache des § 664“ (726 Abs. 1 ZPO.).[1] Aber auch vom Standpunkt der herrschenden Lehre ist es unbegreiflich, daß ein vor dem Urteil eingetretener Annahmeverzug ohne erneutes Angebot als ausreichend betrachtet wird, da ja das Gesetz trotz des Annahmeverzugs die beschränkte Verurteilung vorschreibt. Es ist also für die Vollstreckung aus einem Zug-um-Zug-Urteil ganz belanglos, ob aus dem Urteil schon hervorgeht, daß der Schuldner im Annahmeverzug ist.[2]

Es ist klar, und wird durch die §§ 726 Abs. 2, 756, 765 ZPO. bestätigt, daß, wie das Angebot, so auch die Bewirkung der Gegenleistung die Vollstreckung ermöglicht. Die Bewirkung der Gegenleistung ist jedoch nicht Bedingung der Vollstreckbarkeit, denn sie geht über das Angebot hinaus. Der Gläubiger, der die Gegenleistung bewirkt, obgleich ihm die verlangte Leistung nicht angeboten wird, kommt dem Schuldner entgegen und tut mehr als erforderlich ist, um die Vollstreckungsorgane in Tätigkeit zu setzen. Dies ist der Grund, um deswillen die Bewirkung dem Angebot der Gegenleistung als Voraussetzung der Vollstreckung gleichsteht.

Die Erwägung, daß infolge der Bewirkung der Gegenleistung der Gläubiger einen Anspruch auf Leistung schlechthin gewinnt, muß der Vollstreckungsinstanz fern bleiben. Denn die Möglichkeit einer Veränderung des materiellen Rechts nach der urteilsmäßigen Feststellung kann hier so wenig wie anderweit von den Vollstreckungsorganen beachtet werden. Darum ist hier nur von der Bewirkung der Gegenleistung, nicht von der Befriedigung des

---

[1] Wach, Vorträge S. 326 Anmerkung.

[2] Ebenso Hellwig, Anspruch S. 375, Lehrbuch I S. 258; die bekämpfte Meinung vertreten im Anschluß an die Begründung der Novelle (Hahn S. 137): Gaupp-Stein § 756 II; Falkmann S. 126 Nr. 29; Rosenberg bei Ihering Bd. 43 S. 284f.; Seufgert N. 2a zu § 726, N. 3 zu § 756 ZPO.; Staub, HGB. Bd. II S. 1462 (Exk. vor § 373 Anm. 80); Planck zu § 322 BGB. Bem. 3; RG. II. ZS. vom 18. Dezember 1903 (S. A. Bd. 59 Nr. 149); Neumann in JW. 1901 S. 740; Cohen, Hanseatische GZ. 21 S. 67 und JW. 1901 S. 789, der eine Feststellung des Annahmeverzugs im Urteil auf Antrag des Klägers für zulässig hält und empfiehlt. Durchaus unhaltbar ist es, wenn die herrschende Meinung den vom Gesetz geforderten urkundlichen Nachweis des Angebots der Gegenleistung im Urteil erblickt.

Schuldners, wie man bei gegenseitigen Verbindlichkeiten glauben könnte, und wie das Gesetz irrtümlich glauben macht, die Rede. Soweit die Befriedigung nicht durch Bewirkung der Gegenleistung erfolgt, erfüllt sie nicht die sachliche Bedingung der Vollstreckung.

Man erwäge dazu folgendes:

Was zur Erzeugung des Vollstreckungsbedürfnisses erforderlich ist, ergibt sich aus dem Urteil, das die Gegenleistung nach Art und Umfang bestimmt. Die Tragweite einer Entscheidung, die dieses Bedürfnis feststellt, reicht über das Vollstreckungsverfahren nicht hinaus. Dagegen enthält die Feststellung, daß der Gegenanspruch des Schuldners befriedigt sei, eine Entscheidung über eine Frage des materiellen Rechts, die, wenn sie nur zum Zwecke der Vollstreckung aus einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug bei gegenseitigen Verbindlichkeiten erfolgt ist, das später mit diesem Gegenanspruch befaßte erkennende Gericht nicht bindet, also nicht in materielle Rechtskraft erwächst. Sie würde stets Gefahr laufen, mit einer vom Vollstreckungsverfahren unabhängigen rechtskräftigen Feststellung in Widerspruch zu geraten. Dann wäre die Vollstreckung nachträglich ihrer Gesetzmäßigkeit entkleidet, ohne daß Remedur geschaffen werden könnte.[1] Aus diesem Grunde, und weil ferner selbst die Gewißheit, daß der Schuldner z. B. infolge Abtretung, nicht mehr Gläubiger der Gegenleistung ist, die Vollstreckung nicht aufhalten kann, noch auch die Rechtslage des Vollstreckungsgläubigers verschlechtern darf, kann nur die Bewirkung der Gegenleistung, nicht die Befriedigung des Schuldners, neben dem Angebot die Vollstreckung ermöglichen.

Der Nachweis des Erlöschens des dem Schuldner ausweislich des Urteils zustehenden Anspruchs auf die Gegenleistung durch Aufrechnung, Verzicht, schuldbefreiende Hinterlegung oder durch seine Vereinigung mit der Verpflichtung zur Bewirkung der Gegen-

[1] Darin liegt keine Besonderheit des durch die Novelle geschaffenen Rechtszustandes. Auch das Urteil, das auf Grund der Befriedigung des Schuldners die Erteilung der Vollstreckungsklausel für die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug anordnen würde, würde nicht über den Gegenanspruch bindend entscheiden.

leistung in der Person des Gläubigers kann sonach die Vollstreckung aus einem Zug-um-Zug-Urteil nicht fördern.[1] Bei der Aufrechnung spricht freilich mit, daß sonst auch über den Gegenanspruch entschieden werden müßte. In den übrigen Fällen rechtfertigt sich die Entscheidung allein aus den oben angeführten Gesichtspunkten.[2] Es ist also nicht genügend, daß der Gläubiger durch eine öffentliche Urkunde nachweist, er habe dem Schuldner, der zur Leistung gegen Zahlung verurteilt ist, die Erklärung zustellen lassen, daß er mit seiner Kostenforderung gegen die Gegenforderung aufrechne, und auch der in der Praxis beliebte Ausweg, sich die Gegenforderung auf Grund des Kostentitels pfändungsweise zum Nennwerte an Zahlungsstatt überweisen zu lassen, ist zu verwerfen.

§ 9.

Fortsetzung: Das Angebot der Gegenleistung.

I. Die Voraussetzungen des Angebots.

Das Angebot der Gegenleistung ist Bedingung der Vollstreckung, also eine für die Unanfechtbarkeit[3] des Vollstreckungsaktes unentbehrliche Voraussetzung, und zwar Bedingung jeder Vollstreckungshandlung. Zwangsvollstreckungsmaßregel, wenn auch nur ein Akt privater Zwangsgewalt, ist auch der Privatarrest (Vorpfändung) des § 845 ZPO.[4] Auch dieser setzt bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ein vorheriges Angebot der

---

[1] A. M. Gaupp-Stein, Bem. II 8 zu § 756 ZPO.; Voss S. 83 lehnt nur die Zulässigkeit der Aufrechnung ab.

[2] Bestimmungen wie die des § 1224 BGB. ändern daran nichts.

[3] Wir übernehmen von Müller (Pfändungspfandrecht) die Unterscheidung zwischen sachlichen und formellen Bedingungen der Vollstreckung mit der sich daraus ergebenden praktischen Konsequenz, daß „die Nichtbeachtung einer sachlichen Bedingung nur Anfechtbarkeit, die einer formellen Bedingung dagegen stets Nichtigkeit zur Folge hat“ (S. 5). Vgl. auch Gaupp-Stein II S. 353ff.

[4] Vgl. Kell, Privatrecht S. 4 und die dort Zitierten, und insbesondere S. 19.

Gegenleistung voraus.[1] Nur hinsichtlich der formellen Bedingungen der Vollstreckung nimmt der Privatarrest eine Vorzugsstellung ein. Der vorherigen Zustellung der in §§ 756, 765 ZPO. bezeichneten Beweisurkunden bedarf es daher hier ebensowenig wie der vorherigen Zustellung des Urteils (§ 845 Abs. 1 Satz 2 ZPO.), und der mitwirkende Gerichtsvollzieher darf nicht nach § 756 ZPO. verfahren, weil er nicht als Vollstreckungsorgan tätig ist.[2]

Ein Angebot genügt für alle Vollstreckungshandlungen auf Grund dieses Schuldtitels, mögen sie sich auch über Jahrzehnte hinziehen. Ein nach erfolglosem Angebot eintretender Annahmeverzug des Vollstreckungsgläubigers überhebt den Schuldner möglicherweise, wie bei glatter Verurteilung, der Kostenpflicht, hindert aber die Vollstreckung nicht.

Es ist vorgekommen, daß der Gerichtsvollzieher ohne Beobachtung des § 756 ZPO. zur Pfändung geschritten ist und nach dem Zwangszugriff, um den Mangel zu beheben, die Gegenleistung angeboten hat. Auch dieses Angebot war, wenn es vorbehaltlos erfolgt ist, für eine künftige Vollstreckungsmaßregel genügend, dagegen nicht, wenn es mit dem gleichzeitigen Begehren der Leistung verbunden worden ist. Denn obgleich die erste Pfändung dem Gläubiger wegen eines formellen Mangels nur den Schein eines Pfandrechts verschafft hatte, so war er doch auf dem Wege, sich zwangsweise zu befriedigen und konnte vor Aufhebung der Pfändung dem Schuldner freiwillige Leistung nicht zumuten. Da aber im ersten Falle der Gerichtsvollzieher nicht nach § 756 ZPO. verfahren ist, findet Satz 2 des § 765 keine Anwendung. Es bedarf also in diesem Ausnahmefall zur Wirksamkeit der späteren Pfändung der vorherigen Zustellung des Protokolls über das Angebot.

---

[1] Vgl. Kell a. a. O. S. 24. Hier und in folgendem macht sich der Mangel einer Sonderbestimmung für den Wechsel und ähnliche Urkunden als Gegenleistungen besonders fühlbar. Man lasse es bei der bisherigen Praxis bewenden und sehe von der Beschränkung durch die Gegenleistung ganz ab. Zweck der Polemik war nur der, darzutun, daß das Gesetz in diesem Punkte dringend einer Ergänzung bedarf.

[2] Ebenso Gaupp-Stein zu § 845 I, 1; A. M. Seuffert zu § 845 Bem. 2a.

Das Angebot soll auf Grund des Titels — also möglichst unter Bezugnahme auf diesen[1] — erfolgen und der Vollstreckung vorausgehen. In diesen Grenzen steht die Wahl des Zeitpunktes für das Angebot im Belieben des Gläubigers. Einerseits muß also das Urteil vollstreckbar sein. Ist es nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt, so muß die Rechtsmittelfrist abgelaufen sein. Andererseits ist es nicht richtig, daß das Angebot zeitlich unmittelbar der Zwangsvollstreckung vorausgehen muß.[2] Innerhalb der so skizzierten Grenzen kann das vorbehaltlose Angebot, das zur Leistung (Vorleistung) des Gläubigers, also nicht zum Austausch führt, jederzeit erfolgen. Das Angebot unter gleichzeitigem Verlangen der Gegenleistung setzt weiter voraus, daß die übrigen sachlichen Bedingungen, von denen die Vollstreckung nach dem Titel abhängt, also z. B. die Bedingung des Anspruchs und dergl. (§ 726 Abs. 1 ZPO.), der Ablauf des Kalendertages (§ 751 Abs. 1 ZPO.), die Sicherheitsleistung, die dem Gläubiger obliegt (§ 751 Abs. 2 ZPO.), eingetreten sind. Denn nur dann kann dem Schuldner die urteilsmäßige Leistung zugemutet werden. Bedingungen und Befristungen des Gegenanspruchs sind mit unserem Urteil nicht vereinbar, kommen also nicht in Frage. Gleichgültig sind für die Wirksamkeit des Angebots die formellen Voraussetzungen der Vollstreckung, also die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung, die Zustellung des Schuldtitels und der anderen in den §§ 750, 751 ZPO. erwähnten Urkunden.

2. Die am Angebot beteiligten Personen.

Aktiv und passiv beteiligt bei dem Angebot sind allein der Vollstreckungsgläubiger und der Vollstreckungsschuldner. Die Gegenleistung muß „dem Schuldner" — das ist der Vollstreckungsschuldner im Sinne des 8. Buchs der ZPO. — auch dann angeboten werden, wenn die Gegenleistung nach dem Urteil nicht an ihn, sondern an einen Dritten zu erfolgen hat. Angeboten wird in solchen Fällen freilich nicht der Gegenstand der Gegen-

[1] Vgl. Voss a. a. O. S. 84, der gleichwohl ein Angebot vor dem Urteil für zulässig hält.

[2] Irrig Schlegelberger a. a. O. 177 a. E. Ähnlich Reincke zu § 756 ZPO.

leistung, sondern die Bewirkung der Gegenleistung. Dagegen muß im Regelfalle der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug der Gegenstand der Gegenleistung dem Vollstreckungsschuldner angeboten werden, auch wenn dieser den Anspruch auf die Gegenleistung an einen Dritten abgetreten und dies dem Vollstreckungsgläubiger als Schuldner angezeigt hat. Hier wird der Vollstreckungsgläubiger durch die Leistung an den Vollstreckungsschuldner gegenüber dem Zessionar nicht befreit, es sei denn, daß dieser dem Zessionar ein Inkassomandat gegeben hätte. Da der Gläubiger aber nicht erfüllungshalber, sondern vollstreckungshalber geleistet hat (vgl. § 814 BGB.), hat er einen Bereicherungsanspruch, obgleich er gewußt hat, daß er zur Leistung an den Vollstreckungsschuldner nicht verpflichtet war. Immerhin ist dem Vollstreckungsgläubiger ein Vorbehalt bei der Leistung dringend zu empfehlen.

Aktiv wie passiv ist Vertretung beim Angebot der Gegenleistung zulässig. Der Gläubiger wird sich mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 756, 765 ZPO. meist einer öffentlichen Urkundsperson als Vertreter bedienen. Der berufene Vertreter des Gläubigers ist der Gerichtsvollzieher. Er ist es nicht in dem allgemeinen und jetzt wohl überwundenen Sinne, daß er nur in Vertretung des Gläubigers als Vollstreckungsorgan tätig wird.[1] Anders in dem hier zu besprechenden Falle. Das Angebot der Gegenleistung ist nicht Vollstreckungshandlung, es erfolgt nur zum Zwecke der Zwangsvollstreckung. Wird es dem Gerichtsvollzieher übertragen, so wird dieser nicht als Vollstreckungsorgan tätig. Das Angebot der Gegenleistung ist überhaupt nicht staatliche Rechtsschutztätigkeit. Es ist Sache des Gläubigers, diese Voraussetzung der Vollstreckung zu schaffen. Aber das Gesetz befähigt und verpflichtet in § 756 den Gerichtsvollzieher, als Vertreter des Gläubigers die Gegenleistung anzubieten. Er kann nur als Vertreter mitwirken, weil das Angebot Parteihandlung ist. Deshalb kann aber auch von einem publizistischen Anspruch auf diese Tätigkeit des Gerichtsvollziehers keine Rede

[1] Vgl. darüber Hellwig, Lehrbuch II S. 107 ff. Auf die abweichenden Meinungen soll hier nicht eingegangen werden.

sein. Der Gerichtsvollzieher bietet also die Gegenleistung an, nicht in seiner Eigenschaft als Vollstreckungsorgan, auch nicht lediglich als Urkundsperson (vgl. § 765 Satz 2 ZPO.), sondern als gewillkürter Vertreter und gesetzlich bestellter Gehilfe des Vollstreckungsgläubigers. In einem vertragsmäßigen Verhältnis zum Vollstreckungsgläubiger steht er nicht,[1] denn er bewirkt das Angebot nicht in Erfüllung einer freiwillig übernommenen zivilrechtlichen Verpflichtung, sondern in Erfüllung seiner Amtspflicht. Das Gegenteil kann auch nicht daraus entnommen werden, daß der Gläubiger darüber entscheidet, wie weit der Gerichtsvollzieher bei dem Angebot zu gehen hat, ob er beispielsweise die Gegenleistung bewirken kann, auch wenn der Schuldner nicht freiwillig leistet.[2] Der Gläubiger ist über die Gegenleistung allein verfügungsberechtigt und bestimmt daher den Inhalt der konkreten Dienstpflicht des anbietenden Gerichtsvollziehers. Im Gegensatze zum Beauftragten ist der Gerichtsvollzieher an Weisungen nicht gebunden, die dem Interesse des Schuldners widerstreiten. So muß er die Gegenleistung gegen den Willen des Gläubigers aushändigen, auch wenn der Schuldner bereit wäre, ohne sie freiwillig zu leisten. Aus dem Gesagten folgt einerseits, daß der Gerichtsvollzieher nicht auf dem Wege des § 766 ZPO. (insbesondere Abs. 2), sondern nur im Aufsichtswege[3] zur Bewirkung des Angebots angehalten werden kann, andererseits, daß der Gläubiger gegen den Gerichtsvollzieher keinen Anspruch auf Ausführung des Angebots hat, unbeschadet etwaiger Haftung aus § 839 BGB. bei unbegründeter Verweigerung des Angebots.

Einschränkend ist zu bemerken, daß die besondere, aus § 756 resultierende Verpflichtung nur den mit der Zwangsvollstreckung aus einem Zug-um-Zug-Leistungstitel beauftragten Gerichtsvollzieher und auch nur dann trifft, wenn der Gläubiger ihn in den

[1] A. M. Hellwig, Lehrbuch II S. 114.

[2] Daran hat der Gläubiger ein Interesse, wenn der Gegenstand der Gegenleistung voraussichtlich das einzige greifbare Pfandobjekt sein wird.

[3] Wie bei der Zustellung vgl. Hellwig a. a. O. S. 104 Anm. 6. Wenn der Schuldner gemäß § 766 ZPO. beim Vollstreckungsgericht das Angebot bemängelt, so richtet sich seine Einwendung stets nur dagegen, daß der Gerichtsvollzieher trotz dieses ungenügenden Angebots vollstreckt hat.

Stand setzt, die Gegenleistung anzubieten, darauf also stillschweigend anträgt. Eine allgemeine Heranziehung der Gerichtsvollzieherbeamten zu diesem Geschäfte oder auch nur zur Beurkundung kennt die Zivilprozeßordnung nicht.[1] Natürlich ist es nicht notwendig, daß es wirklich zur Zwangsvollstreckung kommt. Ohne Vollstreckungsauftrag steht aber der die Gegenleistung anbietende Gerichtsvollzieher einem privaten Vertreter oder zugezogenen Zeugen gleich. Sein Protokoll über diesen Vorgang genießt keinen öffentlichen Glauben (vgl. § 415 „innerhalb des zugewiesenen Geschäftskreises"). Dagegen ist der mit der Zwangsvollstreckung beauftragte Gerichtsvollzieher für die Beurkundung des Angebots — mit der sich aus § 765 Abs. 2 ZPO. ergebenden praktischen Folge — stets zuständig, auch dann, wenn nicht er, sondern der Gläubiger persönlich in seiner Gegenwart die Gegenleistung anbietet. Dies aus dem Grunde, weil der Gerichtsvollzieher in solchem Falle nicht lediglich als Urkundsperson, sondern zugleich und in erster Linie als das mit der Prüfung des Angebots betraute Vollstreckungsorgan mitwirkt.

Das Angebot gegenüber dem Vertreter des Schuldners hat dieselbe Wirkung wie ein ihm persönlich gemachtes Angebot. Das ist selbstverständlich für den Fall gesetzlicher Vertretung, weil hier das Angebot gegenüber dem prozeßunfähigen Vollstreckungsschuldner unwirksam sein würde. Denn mag es auch berechtigt sein, von der Prozeßfähigkeit des Schuldners (die Parteifähigkeit setze ich als selbstverständlich voraus) in der Vollstreckung abzusehen, sofern der Schuldner nur duldend erscheint, so ist sie doch jedenfalls dann unerläßlich, wenn eine Prozeßhandlung gegenüber dem Schuldner vorzunehmen ist.[2] Und das Angebot der Gegenleistung ist eine Prozeßhandlung. Es genügt aber auch ein Angebot gegenüber einem gewillkürten Vertreter. Der Gläubiger hat die Wahl, dem Schuldner oder dessen Bevollmächtigten die Gegenleistung anzubieten. Ist der Vertreter nicht Generalbevollmächtigter, so muß er ausdrücklich zur Entgegennahme des Angebots ermächtigt sein. Die Prozeß-

[1] Vgl. Voss S. 82.

[2] Ebenso Weismann, Lehrbuch II S. 78; Gaupp-Stein, Vorbem. VI 1 b vor § 704 ZPO. Die strenge Meinung vertritt Müller S. 120.

vollmacht an sich hat diesen Inhalt nicht, und § 176 ZPO. findet keine analoge Anwendung.

Da der Schuldner bei dem Angebot, wenn auch nicht duldend, so doch lediglich passiv beteiligt ist, — denn die Aufgabe ist erledigt, wenn der Schuldner in den Stand gesetzt ist, von der Leistungsbereitschaft des Gläubigers Kenntnis zu nehmen und die Gegenleistung, wenn auch vielleicht nur im Austausch gegen die von ihm geschuldete Leistung, zu erlangen — so finden die Bestimmungen der §§ 181, 183, 184 ZPO. über die Ersatzzustellung an Hausgenossen, Gewerbegehilfen und Privatbeamte auf das Angebot entsprechende Anwendung, ohne daß hier von einer Vertretung gesprochen werden könnte.

3. Wann und wo ist anzubieten?

Das Angebot muß opportuno loco et tempore erfolgen. Über die Zeit des Angebots entscheidet regelmäßig die Zeit der Zwangsvollstreckung.[1] Es gibt Gegenleistungen, deren Annahme nur in den Geschäftsstunden, andere, deren Annahme nur wochentags erwartet werden kann. Was den Ort anbelangt, so ist das Angebot nicht überall zulässig, wo beschlagsfähiges Vermögen des Schuldners sich befindet, wo also vollstreckt werden kann, vielmehr regelmäßig nur in seiner Wohnung oder gewerblichen Niederlassung. Der Ort des Angebots ist also nicht notwendig Ort der Vollstreckung.[2]

4. Was ist anzubieten?

Welche Leistung dem Schuldner anzubieten und gegebenenfalls an ihn zu bewirken ist, bestimmt sich lediglich nach dem Inhalt des Schuldtitels. Zur Auslegung des Urteilstenors können und sollen die Gründe herangezogen werden. Ist der Sinn des

[1] So Voss a. a. O.

[2] Ist der mit der Vollstreckung beauftragte Gerichtsvollzieher für das Angebot örtlich unzuständig, so kann er nicht den örtlich zuständigen mit dem Angebot an seiner Stelle beauftragen, wie Voss (a. a. O.) meint; das Angebot wäre dann dem vollstreckenden Gerichtsvollzieher nur durch Urkunden bewiesen, die nicht dem Erfordernis des § 756 ZPO. genügten.

Urteils zweideutig oder nicht zu enträtseln, so ist das Urteil nicht vollstreckungsfähig. Besteht die Gegenleistung in der Zahlung einer Geldsumme oder der Aushändigung einer bestimmten Urkunde, so können Zweifel nicht entstehen. Ist sie nur der Gattung nach bestimmt, so sind Sachen mittlerer Art und Güte, im Handelsverkehr Handelsgut mittlerer Art und Güte anzubieten (BGB. § 243, HGB. § 360).

Das Angebot eines Teiles der Gegenleistung ist regelmäßig nicht genügend, auch dann nicht, wenn der Gläubiger die Vollstreckung auf einen entsprechenden Teil beschränkt, es sei denn, daß dieser modus im Urteil ausdrücklich vorbehalten ist, oder sich aus den Umständen anderweit ergibt.

Ein teilweises Angebot genügt daher, wenn der Rest der Gegenleistung bereits bewirkt, nicht nur angeboten ist.[1] Natürlich kommt hier alles auf den Gegenstand der Gegenleistung an. Ist der Schuldner zur Zahlung gegen Lieferung von 180000 Stück Ziegelsteinen verurteilt, so ist das Urteil sinngemäß dahin auszulegen, daß nur der jeweilig vom Beklagten abgerufene Teil der Gegenleistung und auch nur gegen den entsprechenden Teil des Preises realiter anzubieten ist. Das hat das OLG. Dresden[2] mit Recht hervorgehoben.

Einige Besonderheiten bietet in diesem Zusammenhange das Wahlschuldverhältnis. Bei einer Verurteilung zu dieser oder jener Leistung gegen eine und dieselbe Gegenleistung macht das Angebot der Gegenleistung dem Gläubiger keine Schwierigkeiten, mag nun er oder der Schuldner wahlberechtigt sein. Ist der Schuldner zu a gegen x oder b gegen y verurteilt, so liegt nur ein Wahlschuldverhältnis vor,[3] da nur eine Wahl möglich ist. Der wahlberechtigte Gläubiger erklärt die Wahl durch das Angebot von x oder y. Nimmt der wahlberechtigte Vollstreckungsschuldner die Wahl nicht vor und bietet ihm der Gläubiger nunmehr auf Grund des Urteils x an, so „richtet" er damit die Zwangsvollstreckung auf a und der Schuldner kann sich nur

[1] Ebenso Voss a. a. O. S. 78.

[2] Vgl. Rspr. Bd. 9 S. 117 (I. ZS. vom 31. Dezember 1903).

[3] So auch Levy bei Gruchot Bd. 36 S. 56f. A. M. Cosack, Lehrbuch I S. 310.

durch Leistung von b, nicht schon durch die Erklärung, daß er b wähle, befreien (§ 264 Abs. 1 BGB.). Diese Wirkung erzielt er übrigens nur durch vorbehaltlose Leistung von b;[1] er kann nicht den Austausch b gegen y fordern, wie er überhaupt auf Grund dieses Titels die Leistung y nicht verlangen kann. Ist schließlich der nach dem Titel wahlberechtigte Schuldner verpflichtet, gegen a oder b x zu leisten, so ist ein Angebot der Gegenleistung unmöglich, da die Frage noch offen steht, welche Gegenleistung anzubieten ist. Es muß daher die Erklärung der Leistungsbereitschaft verbunden mit der Aufforderung zur Wahl genügen,[2] und nur, wenn die Wahl erfolgt, wird ein Angebot der gewählten Leistung erforderlich. Abwegig erscheint mir die Heranziehung der Bestimmung des § 264 Abs. 2 BGB.,[3] wonach der fruchtlose Ablauf einer angemessenen Frist nach der Aufforderung zur Wahl den Verlust des Wahlrechts nach sich zieht. Wer diesen Weg geht, verlangt vom Vollstreckungsgläubiger vor dem Angebot der Gegenleistung: 1. daß dem Schuldner die Wahl angeboten worden ist, 2. daß der Schuldner wegen Verabsäumung der Auswahl unter Fristbestimmung zur Vornahme der Wahl aufgefordert worden ist, 3. den Ablauf der Frist. Man verkennt, daß § 264 Abs. 2 BGB. nur den Zweck hat, die Haftung des Schuldners durch die Beschränkung auf eine Leistung zu erleichtern, daß aber die Anwendung dieser Vorschrift auf unsere Vollstreckung zu einer durch nichts gerechtfertigten Befristung der Vollstreckbarkeit des Urteils führen würde.

Übrigens wird eine exceptio non adimpleti contractus des als Gläubiger wahlberechtigten Schuldners meist schon im Prozeß zurückzuweisen sein, wenn er auf Befragen nicht die Wahl erklärt und damit zum Ausdruck bringt, gegen welche Gegenleistung er zu leisten bereit ist. Das gleiche gilt, wenn die Bestimmung

---

[1] Anders Levy a. a. O., nach dem der Gläubiger auch die andere Gegenleistung parat halten muß.

[2] Mit Unrecht fordert Falkmann S. 126, daß der Gläubiger jede der Leistungen offeriere.

[3] So Voss a. a. O. S. 78; Seuffert, Bem. 2 zu § 756; Gaupp-Stein, Bem. Ia zu § 156.

der Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 315ff. BGB. dem Schuldner obliegt. Steht sie dem Gläubiger oder einem Dritten zu, so kann sie möglicherweise noch im Urteil erfolgen (§ 315 Abs. 3, 319 Abs. 1 BGB.). Ist dies nicht geschehen und ist die Bestimmung der Gegenleistung im Urteil dem Berechtigten vorbehalten, so ist das Urteil nicht vollstreckbar, da durch die angeführten Paragraphen die Entscheidung über die Billigkeit und damit über die Verbindlichkeit der nachträglichen Bestimmung den Vollstreckungsorganen entzogen ist.[1]

5. Wie ist anzubieten?

Das Angebot muß in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise erfolgen, sagt das Gesetz in § 756 ZPO. Wie wir gesehen haben, ist der Eintritt eines Annahmeverzugs infolge des Angebots der Gegenleistung nicht notwendig, weil er oft nicht möglich ist. In der Regel wird er freilich möglich sein und dieser Fall ist bei der Fassung des Gesetzestextes allein ins Auge gefaßt worden. Darum kann von einer Fiktion des Annahmeverzugs keine Rede sein. Wohl aber können die Vorschriften des BGB. über die den Annahmeverzug begründenden Handlungen auf unsere Vollstreckungsbedingung analoge Anwendung beanspruchen. Der Grund der Analogie ist darin zu erblicken, daß in beiden Fällen der Anbietende alles tun muß, was ihm billigerweise zur Herbeiführung eines im Interesse des Gegners liegenden Erfolgs, dort der Erfüllung, hier des Austauschs, zugemutet werden kann.

Die Gegenleistung ist anzubieten so, wie sie zu bewirken ist (§ 294 BGB.), also, wie schon erwähnt, auch nur zum Austausch gegen die Leistung (§ 298 BGB.). Das Gesetz unterscheidet mit der herrschenden Theorie zwischen tatsächlichem und wörtlichem Angebot. Das tatsächliche Angebot soll die Regel sein. In ihm kommt die Leistungsbereitschaft und der Leistungswille des Anbietenden zum sinnfälligen Ausdruck. Auch für die Wirksamkeit des wörtlichen Angebots, wo das Gesetz ein solches verstattet, ist die Leistungsbereitschaft des Anbietenden unerläßlich (§ 297

[1] A. M. Voss a. a. O. S. 78.

BGB). Ein wörtliches Angebot genügt, wenn der Vollstreckungsschuldner erklärt hat, daß er die Gegenleistung nicht annehmen werde,[1] aber auch dann, wenn zur Bewirkung der Gegenleistung eine Handlung des Vollstreckungsschuldners erforderlich ist, solange die Handlung nicht vorgenommen ist. Beispiele dafür sind das dem Vollstreckungsschuldner zustehende Wahlrecht (§ 264 Abs. 2 BGB.), oder der Fall, daß die ihm als Gegenleistung auszuhändigende Sache ihm nicht zugeführt zu werden braucht. Dagegen ist ein automatischer Eintritt des Vollstreckungsbedürfnisses nach dem Grundsatz: dies interpellat pro homine — entsprechend dem Eintritt des Annahmeverzugs, wenn für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist (§ 296 BGB.), — nicht denkbar. Ein wörtliches Angebot muß auch hier erfolgen. Damit gibt der Vollstreckungsgläubiger ja erst zu verstehen, daß er auf Erfüllung des Urteils besteht. Aus freien Stücken braucht der Vollstreckungsschuldner der Vollstreckung nicht vorzuarbeiten, zumal seine Handlung zwecklos ist, wenn der Gläubiger nicht auf sie eingeht. § 296 BGB. findet also keine Anwendung.[2] Das von Seuffert angeführte Beispiel einer Verurteilung zur Zahlung gegen Leistung einer Quantität vom Schuldner zu spezifizierender Waren, für deren Spezifikation eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, ist meines Erachtens nicht anders zu behandeln, als die Verurteilung zur Leistung von x gegen a oder b. Der Termin ist entweder Befristung der Vollstreckbarkeit oder nur für die weitere Entwicklung des Rechtsverhältnisses, nicht für die Vollstreckung von Bedeutung.

Wie die Leistungsbereitschaft auf seiten des Vollstreckungsgläubigers, so wird auf seiten des die Annahme verweigernden Schuldners vorausgesetzt, daß er nicht nur vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist (§ 299 BGB.). Das Gesetz empfiehlt daher dem Vollstreckungsgläubiger, dem

---

[1] Anders, wenn er erklärt hat, er werde die geschuldete Leistung nicht bewirken.

[2] A. M. Voss a. a. O. S. 84; Gaupp-Stein Bem. II zu § 756 ZPO.; Seuffert, Bem. zu § 756 ZPO.

Schuldner das Angebot eine angemessene Zeit vorher anzukündigen.

Nach welcher Vorschrift im Einzelfalle zu verfahren ist, bestimmt sich nach den Umständen, insbesondere nach dem Gegenstande der Gegenleistung. Geld, Urkunden, also auch Konossemente, Lagerscheine und dgl. sind stets tatsächlich anzubieten. Dagegen war in dem erwähnten, vom Oberlandesgericht Dresden entschiedenen Falle ein wörtliches Angebot der 187000 Ziegelsteine zunächst genügend. Das gleiche gilt überall, wo die Lieferung nur auf Abruf erfolgt, bis zum Abruf. Für die wichtige Frage, ob die Gegenleistung dem Schuldner zu bringen oder von ihm zu holen ist, ist der im Urteil festgestellte Erfüllungsort nicht entscheidend. Denn das Angebot der Gegenleistung ist nicht Erfüllungshandlung. Darum haben sich die Vollstreckungsorgane bei der Prüfung des Angebots nach dieser Richtung von den näheren Umständen und den Verkehrsanschauungen leiten zu lassen (vgl. § 269 Abs. 1 BGB.).

Eine Willenserklärung kann dem Schuldner in zweierlei Weise angeboten werden, entweder indem der Gläubiger oder sein Vertreter, also möglicherweise der Gerichtsvollzieher, sich zu der Erklärung erbietet, oder indem er die beurkundete Erklärung anbietet, die natürlich erst mit der Aushändigung an den Destinatär wirksam wird.[1] Der letztere Weg ist allein gangbar, wenn die Erklärung einer Form bedarf. In einem Falle führt er nicht ans Ziel. Wenn der Schuldner nämlich zur Leistung gegen Auflassung eines Grundstücks verurteilt ist, muß die Gegenleistung, also die Auflassungserklärung, bei gleichzeitiger Anwesenheit des Schuldners vor Gericht oder einem Notar erklärt werden. An Stelle des tatsächlichen Angebots tritt hier die Ladung des Vollstreckungsschuldners zu einem Auflassungstermin vor eine zuständige Behörde oder Person.

Das Angebot führt entweder zur Bewirkung der Gegenleistung, also in der Regel zum Austausch von Leistung und

[1] Irrig scheint mir die Meinung Fischers, der Schaden nach dem BGB. S. 256, daß schon in der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts aus § 255 BGB. der erforderliche Antrag auf Abschluß des Zessionsvertrags liege.

Gegenleistung, oder zur Weigerung des Schuldners, die Gegenleistung anzunehmen, bzw. die geschuldete Leistung zu bewirken. Unter Umständen führt auch schon ein wörtliches Angebot zu dieser Weigerung. Nimmt dagegen der Schuldner die seinerseits zur Bewirkung der Gegenleistung erforderliche Handlung infolge des Angebots vor, oder widerruft er die früher erklärte Ablehnung der Gegenleistung, so muß dem wörtlichen noch ein tatsächliches Angebot folgen. Erst wenn dieses zurückgewiesen wird, ist die Bedingung der Vollstreckbarkeit erfüllt.[1] Als Weigerung in dem hier erwähnten Sinne ist schon die Passivität des Schuldners aufzufassen, es sei denn, daß der Schuldner nur vorübergehend an der Annahme der Gegenleistung verhindert ist (§ 299 BGB.).

Unter Umständen ist trotz tatsächlichen Angebots und Erfüllungsbereitschaft des Schuldners ein Austausch von Leistung und Gegenleistung nicht möglich. So z. B. wenn der Schuldner zur Zahlung gegen Aufführung einer Mauer auf seinem Grundstück verurteilt ist. Hier ist das wörtliche Angebot genügend, wenn der Schuldner dem Gläubiger oder seinen Leuten den Zutritt zu dem Grundstück verwehrt. Andernfalls kann er nicht schon zu Beginn der Gegenleistung die Leistung des Schuldners fordern, braucht aber auch selbst nicht vorzuleisten. Es empfiehlt sich in solchen Fällen, die Leistung des Schuldners bei Beginn der Gegenleistung einem Treuhänder auszuantworten.[2] Als solcher kann der Gerichtsvollzieher nur mit Zustimmung des Schuldners fungieren, da er zugleich Vertreter des Gläubigers ist.

[1] Wenn der Schuldner sich nach Beginn der Vollstreckung zur Bewirkung der Leistung und Annahme der Gegenleistung erbietet, so ist dem seitens des Gerichtsvollziehers zu entsprechen. Dagegen müßte eine grobe Pflichtverletzung des Gerichtsvollziehers darin erblickt werden, wenn er nach der Pfändung die Gegenleistung dem Schuldner ohne ausdrücklichen Auftrag aushändigen würde, weiß er ja gar nicht, ob die Pfändung zur Befriedigung führt, ob sie nicht durch Intervention eines Dritten vereitelt wird. Ebenso Gaupp-Stein, Bem. Ia zu § 756 ZPO.

[2] Die Entscheidung über die Ordnungsmäßigkeit der Gegenleistung wird dadurch nicht dem Treuhänder übertragen, sondern bleibt dem Vollstreckungsorgan überlassen. Dem Gerichtsvollzieher gegenüber würde der Treuhänder stets zur Herausgabe der Leistung verpflichtet sein (vgl. § 809 ZPO.), zur Übereignung aber nur mit Zustimmung des Schuldners.

Verweigert der Schuldner seine Zustimmung zu dieser Lösung, so ist das Vollstreckungsbedürfnis gegeben.

Ein Angebot der Gegenleistung ist nicht möglich, wenn die Gegenleistung in einem Unterlassen besteht. Eine Unterlassungspflicht kann nur eingehalten oder verletzt werden. Darum ist die Vollstreckung eines solchen Urteils nur möglich, wenn die Unterlassungspflicht nur für eine bestimmte Zeit besteht und erst nach Ablauf dieser Zeit ohne Verletzung der Verpflichtung.

§ 10.

III. Die Feststellung des Angebots.

1. Die Aufgabe.

Die Entscheidung darüber, ob die sachliche Bedingung der Vollstreckung erfüllt, ob also das Angebot der Gegenleistung ordnungsmäßig erfolgt sei, liegt, wie schon erwähnt, den Vollstreckungsorganen ob. Bei der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung wird der Nachweis des Angebots der Gegenleistung oder, wie das Gesetz sagt, des Annahmeverzugs oder der Befriedigung des Schuldners, weder gefordert noch beachtet.[1] Im Gegensatz zu der Tendenz des Gesetzes, die Entscheidung über die sachlichen Bedingungen der Vollstreckung den Vollstreckungsorganen nach Möglichkeit zu entziehen, ist die Prüfung dieser Voraussetzung ihnen ausdrücklich überlassen worden, obgleich die damit verbundene Beschränkung der Rechtsmittel begründete Bedenken erregt.

Jedes um eine Vollstreckungsmaßregel angegangene Vollstreckungsorgan: Gerichtsvollzieher, Vollstreckungsgericht oder Prozeßgericht erster Instanz, hat selbständig zu prüfen, ob der vorgelegte Schuldtitel eine Zug um Zug zu erfüllende Verbind-

[1] Nach dem Entwurf des jetzigen § 726 Abs. 2 ZPO. sollte der Gläubiger die Wahl haben, ob er auf Grund des Nachweises des Angebots oder ohne solchen Nachweis die vollstreckbare Ausfertigung verlangen wollte. Vgl. dazu die Kritik von Wach, Vorträge S. 326 ff. und Kipp, Willenserklärung S. 70 ff.

lichkeit betrifft. Ist diese Frage zu bejahen und wird nicht zugleich den in den §§ 756, 765 ZPO. gestellten Anforderungen entsprochen, so ist die Vollstreckung abzulehnen. An die bei Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung zum Ausdruck gelangte Auslegung des Schuldtitels sind die Vollstreckungsorgane nicht gebunden. Ist also die Vollstreckungsklausel auf Grund des Nachweises des Angebots der Gegenleistung erteilt, sei es aus Unkenntnis des Gesetzes oder, weil man in dem Schuldtitel eine Verurteilung zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung gemäß § 322 Abs. 2 BGB. erblickte,[1] so werden die Vollstreckungsorgane nicht der Verpflichtung überhoben, ihre Tätigkeit von einem neuerlichen Nachweis dieser Tatsachen abhängig zu machen, denn der Gläubiger hat, wie aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes hervorgeht, nicht die Wahl zwischen der vollstreckbaren Ausfertigung auf Grund des Beweises und ohne solchen. Auch der Umstand, daß bereits früher auf Grund desselben Titels eine Vollstreckungshandlung vorgenommen worden ist, überhebt nicht der nochmaligen Prüfung der Voraussetzung. Wer aus dem zweiten Satze des § 765 ZPO. das Gegenteil entnimmt, verkennt dessen Inhalt. Dieser Satz bezieht sich nur auf den Fall, daß mit dem Antrag auf eine gerichtliche Vollstreckungshandlung ein Gerichtsvollzieherprotokoll vorgelegt wird, nach dem der Gerichtsvollzieher vor einer Zwangsvollstreckung auf Grund desselben Titels die Gegenleistung dem Schuldner in ordnungsmäßiger Weise angeboten hat, und besagt, daß dieses Protokoll nicht zugestellt zu sein braucht. Die Vorschrift besagt dagegen nicht, daß dem Protokoll des Gerichtsvollziehers eine materielle Beweiskraft für die Ordnungsmäßigkeit des Angebots innewohnt, und bezieht sich überhaupt nicht auf den Fall, daß der Gerichtsvollzieher auf Grund eines Urkundenbeweises zur Vollstreckung

[1] Das sog. Vorleistungsurteil nach § 322 Abs. 2 BGB. erhält die Vollstreckungsklausel nach § 726 Abs. 1 ZPO., also nach Beweis der Vorleistung oder des Angebots auf Anordnung des Vorsitzenden. So Gaupp-Stein, Bem. III zu § 726; Seuffert, Bem. 2 zu § 726; Hellwig S. 377; Voss a. a. O. S. 77; Falkmann S. 127; Riess bei Gruchot Bd. 51 S. 581. A. M. Planck zu § 322 und zu § 274 BGB.; Reubein, Anm. II zu §§ 320 bis 327 BGB.; IX zu §§ 241—292 BGB.

geschritten ist. Diese Urkunden haben ja schon nach § 756 ZPO. zugestellt werden müssen, sie brauchen aber, wie der Vollstreckungstitel, nur einmal zugestellt zu werden, so daß sich der zweite Satz des § 765 ZPO. gar nicht auf sie beziehen kann. Daß der Beweis der Zustellung möglicherweise schon durch das Pfändungsprotokoll des Gerichtsvollziehers erbracht wird, ist nichts Absonderliches und hat hiermit nichts zu tun.[1]

Wird eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug für vorliegend erachtet, so schiebt sich zwischen den Vollstreckungsantrag und die Vollstreckungshandlung ein Erkenntnisverfahren zur Feststellung des Eintritts der Bedingung der Vollstreckbarkeit des Urteils. Die bedingende Tatsache ist die Verweigerung der Annahme oder die Bewirkung der Gegenleistung. Was darunter zu verstehen ist, ist im vorigen Paragraphen gesagt worden. Die danach erforderlichen Tatsachen hat der Vollstreckungsgläubiger zu beweisen. Es gibt hier keine Verteilung der Beweislast, wie es in diesem Stadium des Verfahrens auch keine Verteilung der Behauptungslast gibt.[2] Die vom Gesetz beliebte Verweisung auf die Vorschriften über den Annahmeverzug wird hier zur Gefahr, denn jene Bestimmungen sind auf den Prozeß zugeschnitten. Ohne Rücksicht auf die Fassung dieser Bestimmungen hat der Vollstreckungsgläubiger alle Voraussetzungen eines wirksamen Angebots, die positiven wie die negativen, nachzuweisen, also vor allem bei wörtlichem Angebot seine eigene Leistungsbereitschaft,[3] den Umstand, um deswillen ein wörtliches Angebot genügt und ferner, daß der Schuldner den Hinderungsgrund für ein tatsächliches Angebot nicht beseitigt hat. Doch gilt auch hier der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Der Beweis der Leistungsbereitschaft erübrigt sich, wenn die Gegenleistung nur der Gattung nach bestimmt ist und anzunehmen ist, daß der Gläubiger jederzeit in der Lage ist, sich die erforderlichen Leistungsgegenstände

---

[1] Vgl. zum Vorstehenden die Begründung der Novelle S. 156 und Weismann, Lehrbuch II S. 5; Falkmann S. 154. A. M. Neukamp S. 729f.; zum Teil auch Voss a. a. O. S. 82; Gaupp-Stein zu § 765 und Schlegelberger S. 177f.

[2] Vgl. Wach, Beweislast S. 4f. (Z. f. Z. P. Bd. 29 S. 363f.).

[3] Ebenso Voss a. a. O. S. 84. A. M. Gaupp-Stein, Bem. III zu § 756 ZPO.

zu verschaffen.[1] In diesem Falle ist seine Bereitschaft offenkundig.

Die hier notwendig werdende Urteilstätigkeit der Vollstreckungsorgane besteht in der Subsumtion des bewiesenen Vorgangs unter den Begriff des Angebots. Die dem Gläubiger günstige Entscheidung liegt in der Vornahme einer seinem Antrage entsprechenden Vollstreckungshandlung, die im Hinblick auf die Gegenleistung die Vollstreckung ablehnende Entscheidung stellt fest, daß das erforderliche Angebot nicht bewiesen sei. Nur über die Relevanz der bewiesenen Tatsachen, nicht über daraus entspringende Rechte wird hier entschieden. Nicht der Vollstreckungsanspruch, sondern die Erfüllung der ihn hemmenden Bedingung steht in Frage. Die Entscheidung ergeht grundsätzlich auf Grund eines Urkundenbeweises, bei der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher ausnahmsweise auf Grund eigener Wahrnehmung des Vollstreckungsorgans.

2. Der Beweis.

a) Durch Urkunden.

Der Urkundenbeweis ist unentbehrlich, wenn Vollstreckungshandlungen seitens des Gerichts verlangt werden, er ist zulässig bei der Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher. Für die Zwangsvollstreckung durch das Prozeßgericht erster Instanz (§§ 887ff. ZPO.) fehlt es allerdings an einer besonderen Bestimmung, da § 765 nur von dem Vollstreckungsgericht im Sinne von § 764 spricht. Es unterliegt jedoch keinem Zweifel, daß in diesem Falle § 765 entsprechend anzuwenden ist.[2]

Der Urkundenbeweis wird angetreten durch Vorlegen der Urkunden. Ein Editionsantrag genügt nicht.[3] Ist dagegen die Urkunde dem betreffenden Vollstreckungsorgan ohne weiteres zugänglich, so das Protokoll eines Gerichtsvollziehers desselben

[1] Ebenso Voss a. a. O. S. 84.

[2] Ebenso Seuffert, Bem. zu § 765; Gaupp-Stein, Bem. II zu § 765 ZPO.; Schlegelberger S. 178.

[3] A. M. Struckmann-Koch zu § 726 Nr. 2.

Gerichts, der die Gegenleistung bereits bei einem früheren Pfändungsversuch gemäß § 756 ZPO. angeboten hat, — so muß die Bezugnahme genügen.[1]

Taugliche Beweismittel sind ausschließlich öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden. Die öffentliche Urkunde ist ein positivrechtlicher Begriff und in § 415 ZPO. in einer allgemein verbindlichen Form ihrem Wesen nach festgelegt. Danach sind öffentliche Urkunden: „Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind." Welche Behörde und welcher Beamte die Fähigkeit zur Beurkundung besitzt, bestimmt sich nach Reichs- und Partikularrecht. Maßgebend für die Beurkundungseigenschaft sind Ort und Zeit der Ausstellung der Urkunde. Eine öffentliche Urkunde in der erwähnten Bedeutung ist das Protokoll des Gerichtsvollziehers über die von ihm vorgenommene Zwangsvollstreckungshandlung, somit auch über das möglicherweise vorausgegangene Angebot der Gegenleistung bei Zug-um-Zug-Urteilen (§ 762 ZPO.). Urkundspersonen κατ' ἐξοχήν sind nach Landesrecht die Notare.

Öffentlich beglaubigte Urkunden sind erst durch die Novelle im Interesse der Kostenersparnis und der damit verbundenen Erleichterung des Verkehrs[2] überall dort zugelassen, wo ein Urkundenbeweis zur Herbeiführung der Vollstreckung erforderlich ist. Eine solche Urkunde liegt nach § 129 BGB. dann vor, wenn die Unterschrift des Ausstellers von der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar beglaubigt worden ist. Zuständig für die Beglaubigung sind nach § 167 Abs. 2 GFG. die Notare und Amtsgerichte. Über die Form bestimmt § 183 GFG.

Durch andere Beweismittel, insbesondere durch Zeugen, kann der Nachweis des Angebots der Gegenleistung nicht erbracht werden. Doch bedürfen offenkundige Tatsachen keines Beweises

[1] Ebenso Gaupp-Stein, Bem. IV zu § 726; Seuffert, Bem. I d zu § 726 Schlegelberger S. 177.

[2] Vgl. Komm.-Bericht zur Novelle S. 177.

(§ 291 ZPO.). Darum kann bei Offenkundigkeit des Angebots die Entscheidung darüber auch ohne Urkundenbeweis ergehen. Das ist selbstverständlich und braucht nicht erst aus § 727 ZPO. auf dem Wege über § 726 Abs. 1 entnommen zu werden.[1]

Die Beschränkung der Beweismittel auf Urkunden der bezeichneten Art dient der Beschleunigung und Vereinfachung dieses Erkenntnisverfahrens. Was durch die vorgelegten Urkunden bewiesen wird, ist quaestio facti. Das zur Entscheidung darüber berufene Organ, das Gericht oder der Gerichtsvollzieher, sind in ihrer Beweiswürdigung grundsätzlich ebensowenig beschränkt, wie es das Prozeßgericht nach § 286 ZPO. ist. Freilich kommen die für den Urkundenbeweis aufgestellten gesetzlichen Beweisregeln auch hier zur Geltung. Nach §§ 415, 418 ZPO. begründen öffentliche Urkunden, „wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind," vollen Beweis des beurkundeten Vorgangs, in anderen Fällen vollen Beweis der bezeugten Tatsachen. Eine von dem Aussteller unterschriebene Privaturkunde begründet nach § 416 ZPO. vollen Beweis dafür, daß die in ihr enthaltene Erklärung von dem Aussteller abgegeben worden ist. Für die öffentlich beglaubigte Urkunde ergibt sich aus der Verbindung dieser beiden Sätze die Beweisregel, daß die als Aussteller genannte Person die Erklärung abgegeben hat, denn der Beglaubigungsvermerk bezeugt in Form öffentlicher Urkunde, daß die darin als Aussteller genannte Person die Unterschrift der Urkunde vollzogen oder anerkannt hat. Diese Beweisregeln tragen der erhöhten Beweiskraft, die der Urkunde und insbesondere der öffentlichen Urkunde zukommt, durch eine Einschränkung der freien Beweiswürdigung Rechnung, beanspruchen daher auch in der Vollstreckung Beachtung. Eine unwiderlegliche Beweiskraft wird freilich den Urkunden nicht beigelegt. Da aber der Schuldner vor der Vollstreckung nicht gehört werden kann, ist er auf den Weg der Anfechtung der Vollstreckungsmaßregel verwiesen, wenn er einen Gegenbeweis führen will.

---

[1] Die Offenkundigkeit ersetzt aber nicht die erforderliche Zustellung mindestens einer Beweisurkunde.

Die Urkunden, durch die das Angebot der Gegenleistung bewiesen werden kann, sind stets Auskunftsurkunden. Eine Tatbestandsurkunde wäre die schriftliche Verweigerung der Annahme der Gegenleistung, durch die sich ein tatsächliches Angebot erübrigt (§ 295 BGB.). Da aber der Schuldner wohl niemals eine solche Erklärung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form abgeben wird, muß sie erst wieder in dieser Form bezeugt werden. Die Beweiskraft der Auskunftsurkunde richtet sich — innerhalb der durch die angeführten Beweisregeln gezogenen Grenzen — nach der Glaubwürdigkeit des Ausstellers. Deshalb wird eine Auskunft des Vollstreckungsgläubigers über das Angebot in der Regel nicht genügen.[1] Dagegen wird gegen ein öffentlich beglaubigtes Zeugnis eines Dritten, auch eines Angestellten des Gläubigers, zumal wenn es sich mit einer eidesstattlichen Versicherung verbindet, grundsätzlich nichts einzuwenden sein.[2] Der Umstand, daß in der Person des Ausstellers der Urkunde ein Hindernis zu einer prozeßordnungsmäßigen Vernehmung nicht gegeben ist, der die Urkunde der Beweiskraft im Prozeß berauben würde,[3] ist für uns belanglos,[4] weil in dem hier erörterten Erkenntnisverfahren eine Zeugenvernehmung ausgeschlossen ist. Ebenso irrig wäre die Annahme, daß durch die Urkunden nur das bewiesen werden könnte, was nach den angeführten Beweisregeln zwingend (wenn auch nicht unwiderleglich) bewiesen wird. Dann würden öffentlich beglaubigte Urkunden zum Beweise nie genügen, da sie wohl die Auskunft einer Person über das Angebot, nicht aber das Angebot selbst zwingend beweisen. In Wahrheit kann die Beweiskraft der Urkunden über das gesetzliche Maß weit hinausgehen. Die Entscheidung der Vollstreckungsorgane kann sich auf den Inhalt jeder öffentlich

[1] Eine Ausnahme ließe sich vielleicht anerkennen für die Fälle, in denen die Gegenleistung in einer Urkunde, Wechsel und dergl. besteht. Dann würde auch die Vollstreckung solcher Urteile unter Beobachtung der §§ 756, 765 ZPO. keinen erheblichen Schwierigkeiten begegnen.

[2] Vgl. Staub, Exkurs vor § 373 HGB. Anm. 80.

[3] RG. 21. Juni 1901 in JW. 1901 S. 574 Nr. 7.

[4] A. M. Schlegelberger S. 177.

beglaubigten Urkunde und auf jedes Indiz, dessen Kenntnis durch eine solche formgerechte Urkunde vermittelt wird, stützen.

Der Beweis, daß die Gegenleistung bewirkt ist, wird am einfachsten durch ein öffentlich beglaubigtes Empfangsbekenntnis (Quittung) des Vollstreckungsschuldners geführt werden.[1] Im Rahmen dieses Beweises kann auch ein Verzicht des Schuldners auf die Gegenleistung zur Geltung kommen. Der Verzichtswille äußert sich dann in dem Unterlassen jeder Einwendung gegen die sachlich ungerechtfertigte Vollstreckungsmaßregel. Den Vollstreckungsorganen gegenüber kann ein Verzicht das Angebot der Gegenleistung nicht ersetzen,[2] denn dieses ist als Rechtsschutzvoraussetzung der Parteidisposition entzogen. Darum kann der Schuldner die Vollstreckungshandlung, die auf Grund einer solchen Quittung erfolgt ist, anfechten mit der Begründung, daß die Gegenleistung weder angeboten noch bewirkt ist, wenn er auch die Echtheit der Quittung nicht in Abrede stellt. Selbstverständlich ist auch über die materiell rechtliche Wirksamkeit des Verzichtswillens, der in der Quittung verlautbart ist, in der Vollstreckungsinstanz nicht zu erkennen.

b) Durch Augenschein.

Der Augenschein macht den Nachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden entbehrlich. Der Gerichtsvollzieher darf von dem urkundlichen Nachweis des Angebots seine Vollstreckungstätigkeit dann nicht abhängig machen, wenn er in die Lage versetzt wird, dem Angebot beizuwohnen oder es selbst vorzunehmen. Allerdings spricht § 756 ZPO. nur davon, daß der Gerichtsvollzieher selbst anbieten kann. Er vermag dies, wie oben gezeigt wurde, nur als Vertreter und Gehilfe des Gläubigers zu tun. In dieser Eigenschaft bedarf der Gläubiger des Gerichtsvollziehers nicht, wenn er oder seine legitimierten

[1] Eine Klage auf solche Quittung nach § 368 Satz 2 BGB. wird schwerlich praktische Bedeutung gewinnen, da der Gläubiger durch Bewirkung der Gegenleistung einen Anspruch auf Leistung schlechthin erwirbt und dessen Einklagung vorziehen wird.

[2] A. M. Voss a. a. O. S. 83.

Vertreter selbst anbieten. Aber gleichwohl ist der Gerichtsvollzieher auf Verlangen verpflichtet, dem Angebot beizuwohnen, um sich von dessen Ordnungsmäßigkeit überzeugen und im engen Anschluß an das erfolglose Angebot zur Vollstreckung schreiten zu können.[1] Denn der Zweck des § 756 ZPO. ist nicht die Entlastung des Gläubigers von der Mühewaltung des Angebots, sondern die Vereinfachung des Beweises.

Traut sich der Gerichtsvollzieher, insbesondere bei nur der Gattung nach bestimmten Gegenständen, nicht die erforderliche Sachkunde zur Prüfung des Angebots zu, so kann er einen Sachverständigen zu Rate ziehen,[2] bei wörtlichem Angebot auch ein Gutachten über die Leistungsbereitschaft fordern. Worauf er sein Augenmerk im einzelnen zu richten hat, ist im vorigen Paragraphen gesagt worden.

Man kann nur wünschen, daß er der schweren Aufgabe, über die Wirksamkeit des Angebots zu entscheiden, gewachsen sein möge. Ich teile die Bedenken derer, die vergebens gegen die Novelle ihre Stimme erhoben haben. Die Fragen, die hier auftauchen, sind dem Gerichtsvollzieher nicht geläufig und oft so kompliziert, daß sie auch von erfahrenen Juristen erst nach eingehender Prüfung beantwortet werden können.

§ 11.

IV. Die Nichtbeachtung der sachlichen Vollstreckungsbedingung.

I. Die Rechtsbehelfe der Parteien vor und nach der Novelle.

Wir haben bis jetzt im wesentlichen nur theoretische Bedenken gegen die Neuregelung der Novelle erhoben. Dagegen ergibt sich eine einschneidende Änderung für die prozessualen Rechtsbehelfe, die dem Gläubiger zur Durchführung der Voll-

[1] Die herrschende Meinung: Gaupp-Stein, Bem. Ia zu § 756; Seuffert, Bem. 2 zu § 756; Falkmann S. 125 N. 27.

[2] Ebenso Voss a. a. O. S. 77; Gaupp-Stein a. a. O.; Seuffert a. a. O. Bei dem Urkundenbeweis würde eine Begutachtung kaum zweckmäßig sein. Aus diesem Grunde wird sie nur hier erwähnt.

streckung, dem Schuldner gegen die Überschreitung der im Schuldtitel gesetzten Schranken bei der Vollstreckung zustehen. Solange das Angebot der Gegenleistung vom Gesetz als sachliche Bedingung der Vollstreckung richtig gewürdigt wurde und demnach Voraussetzung der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung war, war der Schuldner in vierfacher Weise geschützt,

1. dadurch, daß die Vollstreckungsklausel nur auf Anordnung des Vorsitzenden und nur dann erteilt wurde, wenn das Angebot oder die Bewirkung der Gegenleistung durch öffentliche Urkunden bewiesen war (§§ 664, 666 Abs. 1 ZPO. a. F.),

2. dadurch, daß er vor Erteilung der Klausel gehört werden konnte (§ 666 Abs. 2 ZPO. a. F.),

3. dadurch, daß er sich beschweren konnte, wenn er sich durch die Erteilung benachteiligt fühlte (§ 668 ZPO. a. F.),

4. dadurch, daß mit dieser Beschwerde eine Vollstreckungsgegenklage nach § 687 ZPO. a. F. konkurrierte.

Dieser Garantien hat die Novelle den Schuldner beraubt. Gegen eine Verletzung der § 756, 765 ZPO. bleibt ihm heute nur ein Rechtsmittel, die Einwendung nach § 766 ZPO., die von Weismann[1] sogenannte Vollstreckungsbeschwerde. Auch ein Gehör des Schuldners vor der Vollstreckung über das Angebot kann nicht mehr stattfinden. Der Schuldner ist auf den Weg der Anfechtung der Vollstreckungsmaßregel verwiesen, wenn er einen Gegenbeweis führen will. Die analoge Anwendung des § 730 Abs. 2 ZPO., wonach der Schuldner vor der Entscheidung des Vorsitzenden über die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung gehört werden kann, läßt sich im vorliegenden Falle trotz ihrer Zweckmäßigkeit schwerlich halten, da die Prozeßordnung ein Gehör des Schuldners durch den Gerichtsvollzieher überhaupt nicht kennt, und ein solches durch das Vollstreckungsgericht vor der Pfändung ausdrücklich verbietet (§ 834 ZPO.).

Aber auch die rechtliche Position des Gläubigers hat sich verschlechtert. Vor der Novelle hatte er, wenn er das Angebot oder die Bewirkung der Gegenleistung nicht in der vorgeschriebenen Form nachweisen konnte, die Möglichkeit, auf Erteilung

[1] Lehrbuch II S. 87.

der Vollstreckungsklausel zu klagen (§ 667 ZPO. a. F.). Das Urteil, das dieser Klage entsprach, lieferte die fehlende Unterlage für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung. Die Novelle hat ihm diesen Rechtsbehelf genommen, ohne ihm einen Ersatz zu bieten. Infolgedessen ist die Prozeßlage jetzt so, daß, wenn der Vollstreckungsgläubiger dem Schuldner die Gegenleistung erfolglos angeboten hat, ohne daß er dies durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisen kann, er die Gegenleistung noch einmal anbieten muß, um den Beweis führen zu können, und daß er, wenn er die Bewirkung der Gegenleistung nicht nachweisen kann, auf eine öffentlich beglaubigte Quittung oder aus dem zugrunde liegenden materiellen Rechtsverhältnis auf Leistung schlechthin klagen muß. In diesem Falle ist die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug als Schuldtitel für ihn wertlos.

Es wird behauptet, daß auch im ersten Falle, also nach erfolglosem Angebot, eine Klage auf Leistung schlechthin begründet sei. Man begründet dies damit, daß der Schuldner infolge des erfolglosen Angebots „sein Recht auf Leistung Zug um Zug verliere," daß der Anspruch von der Einschränkung durch die Gegenleistung frei werde.[1] Wie oben erwähnt wurde, ist dies die Meinung der Motive zu § 274 Abs. 2 BGB., aber nicht des Gesetzes. Denn § 274 Abs. 2 BGB. ist reine Vollstreckungsnorm und eine inhaltliche Veränderung des Anspruchs auf Leistung Zug um Zug durch den Annahmeverzug dem Gesetz ganz unbekannt. Es wird daher eine neue Klage in Ermangelung einer neuen rechtsändernden Tatsache auch nur zu einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug führen und dem Gläubiger nichts helfen können.

Man hat aber auch, wie wir es tun, von dem Einfluß des Annahmeverzugs auf den Anspruch ganz abgesehen und dem Gläubiger, wenn er den erforderlichen Nachweis des Angebots nicht führen konnte, eine Klage nach Analogie aus § 731 ZPO. gegeben.[2] Auch das ist irrig. Ich betrachte mit Stein[3] die

[1] Vgl. Gaupp-Stein, Bem. Ia zu § 756; Hellwig, Anspruch S. 375; Lehrbuch I S. 257; Kohler, Archiv für bürgerl. Recht 13 S. 292.

[2] Vgl. Weismann, Lehrbuch II S. 55; Schlegelberger S. 177.

[3] Vgl. Gaupp-Stein Bem. I zu § 731.

Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel als Rechtsgestaltungsklage, nicht, wie Hellwig,[1] als irrtümliche Bezeichnung einer Klage auf nochmalige Verurteilung auf Grund des ursprünglichen materiellen Anspruchs, auch nicht als Feststellungsklage.[2] Hellwigs Lehre ist mit meiner Konstruktion der Vollstreckungsbedingung bei Zug-um-Zug-Urteilen unvereinbar. An ein Feststellungsurteil kann nicht gedacht werden, weil ein solches niemals über die Parteien hinaus auch den Gerichtsschreiber binden und zur Erteilung der Klausel verpflichten könnte. Die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel erstrebt weder die rechtskräftige Feststellung des Anspruchs, noch die Verleihung eines Vollstreckungsanspruchs, da ein solcher schon besteht; sie will vielmehr nur eine für die Erteilung der Klausel ausreichende Unterlage schaffen. Schon daraus geht hervor, daß sie begrifflich in engstem Zusammenhang mit dem Verfahren zur Erwirkung der Klausel steht. Wollte man gleichwohl dem Gläubiger eine solche Klage geben, wenn dem Vollstreckungsorgan das Angebot nicht formgerecht nachgewiesen werden kann, so könnte diese Klage nur auf Ausführung der beantragten Vollstreckungshandlung gerichtet sein, und man müßte dem Schuldner gegen die einzelne Vollstreckungsmaßregel eine dem § 768 ZPO. entsprechende Klage — also eine Klage auf Unzulässigkeit der Pfändung wie die Widerspruchsklage des intervenierenden Dritten nach § 771 ZPO. — zuerkennen, die mit der Einwendung nach § 766 ZPO. konkurrieren würde. Beides ist nach dem geltenden Recht nicht möglich.[3] Wir kommen zu dem Ergebnis: So wenig es vor 1900 angängig war, die Kognition über das Angebot der Gegenleistung dem Vollstreckungsorgan zu überlassen, so wenig ist es jetzt zulässig, den Nachweis des Angebots gegenüber dem Vollstreckungsorgan durch ein Urteil gemäß § 731 ZPO. zu ersetzen.

---

[1] Anspruch S. 170ff., 375; Lehrbuch I S. 173ff.; ebenso Schmidt, Lehrbuch S. 902.

[2] Weismann, Lehrbuch II S. 45; Seuffert zu § 731 ZPO.

[3] Vgl. Seuffert, Bem. 2c zu § 766 ZPO.

2. Die Vollstreckungsbeschwerde des Schuldners.

Im einzelnen ist noch zu bemerken:

Ist eine Vollstreckungshandlung formell korrekt erfolgt, obgleich kein Angebot oder doch kein ordnungsmäßiges Angebot der Gegenleistung vorausgegangen ist, so ist sie zu Unrecht erfolgt. Solche Fehler sind in verschiedener Weise denkbar. Sie können darin bestehen, daß die Gegenleistung nicht oder zu früh, vor Eintritt der Vollstreckbarkeit des Urteils, daß sie nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten, der versehentlich für den Schuldner gehalten wurde, angeboten worden ist, daß die angebotene Gegenleistung nicht mit der im Schuldtitel bezeichneten identisch, oder daß sie mangelhaft war, daß das Angebot nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise erfolgt ist, daß der Schuldner zur Annahme bereit, oder bei wörtlichem Angebot der Gläubiger nicht zur Leistung bereit war.

Diese Mängel machen die Vollstreckungshandlung anfechtbar, aber nicht nichtig, denn, wie von Müller aufgeklärt und bereits oben erwähnt worden ist, hat nur die Nichtbeachtung formeller Bedingungen der Vollstreckung Nichtigkeit des Vollstreckungsaktes zur Folge. Anfechtungsberechtigt ist in diesem Falle allein der Schuldner, denn nur er erleidet einen unmittelbaren Nachteil und zwar eine Verschlechterung seiner prozessualen Situation durch die irrige Annahme, daß das Vollstreckungsbedürfnis ihm gegenüber vorliege. Solange er von seinem prozessualen Anfechtungsrechte keinen Gebrauch gemacht hat, ist die Vollstreckungshandlung ihm und jedem Dritten gegenüber vollwirksam. Die Anfechtung richtet sich logischerweise gegen die Entscheidung, daß die Bedingung der Vollstreckbarkeit erfüllt sei. Ihr Ziel ist die Aufhebung der auf Grund dieser Entscheidung erfolgten Vollstreckungsmaßregel, denn nur durch diese, nicht durch jene Entscheidung, die niemanden bindet und erst mit der Vollstreckungshandlung dem Schuldner gegenüber wirksam wird, kann dieser sich beschwert fühlen. Das Mittel der Anfechtung ist die Vollstreckungsbeschwerde beim Vollstreckungsgericht, — so auch dann, wenn die angefochtene Entscheidung von diesem ausgegangen ist, — und gegen dessen Bescheid die sofortige Be-

schwerde nach § 793 ZPO. an das übergeordnete Landgericht. Eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. ist in solchen Fällen nie begründet, denn der festgestellte Anspruch des Gläubigers wird durch das Angebot oder die Bewirkung der Gegenleistung niemals zugunsten des Schuldners beeinflußt.[1] Nur wenn der Anspruch z. B. durch Rücktritt oder Unmöglichkeit erlischt oder sich mindert, ist die Vollstreckungsgegenklage begründet.

Anfechtbar ist aber eine Vollstreckungsmaßregel nur, wenn der Vollstreckungsschuldner den als bewiesen angenommenen Eintritt der Voraussetzung der Vollstreckung, also das vom Gläubiger behauptete wirksame Angebot der Gegenleistung bestreitet, nicht schon dann, wenn der Schuldner das ordnungsmäßige Angebot zwar zugibt, aber die Beweiskraft der ihm zugestellten Urkunden bemängelt; denn in diesem Falle fehlt ein begründetes Anfechtungsinteresse, die Bedingung der Vollstreckung war ja erfüllt.

Auf Grund der Vollstreckungsbeschwerde kommt es zu einer neuerlichen Prüfung, ob das Angebot vorliegt. Dabei steht nichts im Wege, daß der Gläubiger auf Grund eines neuen, nach Beginn der Vollstreckung vorgenommenen ordnungsmäßigen Angebots die Aufrechterhaltung der Vollstreckungshandlung erwirkt. Dann war die Einwendung zwar begründet, ist aber gegenstandslos geworden. Eine nachträgliche Beseitigung des Mangels und Heilung der Vollstreckungshandlung ist also zulässig, denn durch die Anfechtung wird der Zeitpunkt, in welchem sämtliche sachliche Voraussetzungen der Vollstreckung gegeben sein müssen und der aus Gründen der Logik und der Prozeßökonomie mit dem Beginn der Vollstreckung zusammenfallen soll, auf einen späteren Moment verschoben.

In dem Verfahren über die Vollstreckungsbeschwerde ist nur

[1] Ebenso Wach, Vortr. S. 324 Nr. 3; Hellwig, Anspruch S. 493 Nr. 40; Stölzel, Schulung I S. 206, 239; OLG. Karlsruhe vom 13. Juli 1896 (S. A. 52 Nr. 274); Freudenthal zu § 756 ZPO.; Gaupp-Stein, Bem. III zu § 756 ZPO.; Seuffert, Bem. 4 zu § 756. A. M. Struckmann-Koch Nr. 2 zu § 756; Planck, Lehrbuch II S. 658; Weismann, Lehrbuch II S. 55, 95; Falkmann S. 126; zum Teil auch Schöninger im Württemb. Jahrbuch Bd. 12 S. 276f.

der Gläubiger auf den Urkundenbeweis beschränkt, der Schuldner kann sich aller Beweismittel bedienen.

Die Aufhebung der unzulässigen Vollstreckungsmaßregel infolge der Anfechtung hat rückwirkende Kraft und beseitigt die Wirksamkeit des erlangten Pfändungspfandrechts. Doch ist der Erwerb eines Dritten auf Grund des Pfandrechts in der Zwischenzeit geschützt, auch wenn er den Fehler der Vollstreckung und die Anfechtung gekannt haben sollte. Denn an den wohlerworbenen Rechten Dritter findet die Rückwirkung ihre Grenze.[1]

§ 12.

V. Die formelle Voraussetzung der Vollstreckung aus Zug-um-Zug-Urteilen und die Folgen ihrer Nichtbeachtung.

Die Urkunden, die das Angebot oder die Bewirkung der Gegenleistung beweisen sollen, müssen vor Beginn der Vollstreckung dem Schuldner in Abschrift zugestellt sein (§§ 756, 765 ZPO.). Erfolgt die Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher, so genügt die gleichzeitige Zustellung (§ 756 ZPO.). Damit stellt das Gesetz für diese Urkunden dasselbe Erfordernis auf, wie nach § 750 ZPO. für den Schuldtitel und die Urkunden, auf Grund deren die Vollstreckungsklausel erteilt worden ist. Die Zustellung der Beweisurkunden steht in keinem notwendigen inneren Zusammenhange mit der besprochenen sachlichen Bedingung der Vollstreckung und der dadurch notwendig werdenden Feststellung des Vollstreckungsbedürfnisses. Die Zustellung muß erfolgen, weil das Gesetz es ausdrücklich befiehlt; sie ist, wie die Zustellung des Schuldtitels und der anderen in § 750 ZPO. erwähnten Urkunden, formelle Voraussetzung einer gültigen Vollstreckungshandlung.

Das ist die weitaus überwiegende Meinung. Denn wenn auch die Zustellung des Titels historisch dem Befriedigungsgebot des alten Rechts entspricht, und dieses erst das Vollstreckungs-

[1] Vgl. Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 139.

bedürfnis schuf, so geht ihr doch heute diese Bedeutung völlig ab, da sie erst unmittelbar vor der Vollstreckung[1] zu erfolgen braucht, wie denn überhaupt der Ungehorsam des Schuldners gegen den staatlichen Leistungsbefehl den Vollstreckungsschutz nicht mehr bedingt. Darum ist § 750 ZPO. nur für die Gestaltung des Vollstreckungsverfahrens wesentlich und hätte keinen Sinn, wenn er nicht als absolute Satzung verstanden sein wollte. Die Zustellungsvorschrift der §§ 756, 765 ZPO. kann nicht anders gewürdigt werden. Sie ist für den Vollstreckungszweck ganz nebensächlich. Das an sich löbliche Bestreben, den Schuldner vom Eintritt der unbedingten Vollstreckbarkeit des Urteils zu unterrichten und ihm Gelegenheit zur Verteidigung oder zur Aufklärung zu geben, tritt völlig zurück hinter dem formellen Charakter der Bestimmung, da die auch hier ausdrücklich erlaubte „gleichzeitige" Zustellung dem Schuldner nur einen sehr fragwürdigen Schutz gewährt und sein Widerspruch gegen die Beweiskraft der zugestellten Urkunden den Fortgang des Vollstreckungsverfahrens nicht hindert.

„Die Aufstellung der formellen Erfordernisse ist erfolgt, um beim Mangel kontradiktorischer Gestaltung eine feste Grundlage für das Vorgehen der Vollstreckungsorgane dem Schuldner und Dritten gegenüber zu schaffen."[2] Der Mangel kontradiktorischer Gestaltung, den Stein hier mit Recht hervorhebt, verbietet vor allem die Anwendung des § 295 ZPO. bei Nichtbeachtung der formellen Erfordernisse. Wie Müller[3] neuerdings nachgewiesen hat, steht die Zustellung als formelle Voraussetzung eigener Art neben der Klausel mit der Konsequenz, daß ein Verstoß gegen das Zustellungsgebot dieselbe Folge haben muß, wie der Mangel einer ordnungsmäßigen Klausel, also die unheilbare Nichtigkeit des Vollstreckungsaktes.[4]

[1] Nicht „Zug um Zug" mit der Vollstreckung (!), das soll heißen: im Anschluß an die Pfändung, wie der II. ZS. des RG. am 31. Januar 1882 (RG. in Strafsachen Bd. 4 S. 97) gesagt hat. Vgl. Seuffert zu § 750 ZPO. Bem. 4.

[2] Gaupp-Stein Bem. I zu § 750 ZPO.

[3] Pfändungspfandrecht S. 136 ff.

[4] Ebenso Falkmann S. 149 ff.; insbesondere für die §§ 756, 765 auf S. 154.

Es wäre indes unlogisch, eine besondere formelle Voraussetzung der Vollstreckung aus einem Urteil, das auf Leistung Zug um Zug erkennt, aus den §§ 756, 765 nur für den Fall herauszulesen, daß der Gläubiger das Angebot der Gegenleistung durch Urkunden nachweist, nicht aber für den weit häufigeren, daß er die Gegenleistung durch den Gerichtsvollzieher oder in dessen Gegenwart anbietet. Vielmehr ist zu sagen, daß, wenn grundsätzlich die Vollstreckung erst beginnen darf nach Zustellung der Beweisurkunden, diese sich aber erübrigt, wenn der Gerichtsvollzieher anbietet, das Angebot durch den Gerichtsvollzieher gleichfalls formelle Voraussetzung der Vollstreckung ist, denn es ersetzt die Zustellung.[1] Für die Form des Verfahrens ist es aber unwesentlich, ob das Angebot ordnungsmäßig erfolgt ist, ob die richtige Gegenleistung angeboten ist, kurz, ob das Angebot der sachlichen Bedingung der Vollstreckbarkeit genügt und das Vollstreckungsbedürfnis schafft. Es muß vielmehr unter den Augen des Gerichtsvollziehers vor Beginn der Vollstreckung überhaupt nur eine Gegenleistung auf Grund des Urteils angeboten worden sein. Dann ist der absoluten Vorschrift des Gesetzes entsprochen, unbeschadet des dem Schuldner zustehenden Rechtes, die Vollstreckungshandlung wegen sachlich ungenügenden Angebots mit der Vollstreckungsbeschwerde anzufechten. Denn auch die Zustellung der Beweisurkunden erfüllt ohne Rücksicht auf Inhalt und Beweiskraft ihren Zweck schon dann, wenn die Urkunden öffentliche oder öffentlich beglaubigte sind. Die formelle Voraussetzung ist also nicht mit der früher besprochenen sachlichen Bedingung der Vollstreckung identisch. Diese kann erfüllt und zugleich jene vernachlässigt sein, wie auch umgekehrt.

Dagegen hat Stein[2] im engsten Anschluß an die Ausführungen Müllers, die unseren Gegenstand freilich nicht berühren, die Behauptung aufgestellt, daß die Bewirkung der Gegenleistung oder was dem gleichstehe, bei Verurteilung zur Leistung Zug um Zug durch die Novelle zur formellen Voraussetzung der Vollstreckung geworden sei, deren Nichtbeachtung Nichtigkeit der

[1] Die Offenkundigkeit des Angebots ersetzt die Zustellung nicht.
[2] Vorbem. IV 2a, II 3b vor § 704 ZPO.

Vollstreckung nach sich ziehe. Das steht nicht im Gesetz. Die sachliche Bedingung der Vollstreckung, deren Prüfung dem Vollstreckungsorgan übertragen ist, wird dadurch nicht zur formellen Voraussetzung der Vollstreckung. Das Gegenteil kann auch nicht aus § 751 ZPO. entnommen werden. Hier liegt der Fall ganz ähnlich wie bei der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, denn der Ablauf des Kalendertages, von dem die Geltendmachung des Anspruchs abhängt, und die nach dem Urteil dem Gläubiger vor der Vollstreckung obliegende Sicherheitsleistung sind Bedingungen der Vollstreckbarkeit und nicht formelle Besonderheiten des Vollstreckungsverfahrens. Die herrschende Lehre nimmt nun allerdings auf Grund der Fassung des Gesetzes, insbesondere wegen der auch in den §§ 756, 765 gebrauchten Wendung „darf nur (nicht) beginnen, wenn (bevor) : . .“ an, daß diese Bedingungen für die Wirksamkeit des Vollstreckungsaktes dieselbe Bedeutung hätten, wie das Zustellungserfordernis, daß also der Ablauf des Kalendertages und die Sicherheitsleistung formelle Voraussetzungen der Vollstreckung seien.[1] Das erinnert mich an die aus dem Zivilrecht her bekannte, gedankenlose Systematisierung nach Muß- und Sollvorschriften. Wie wenig man sich bei der Auslegung dieser Bestimmungen auf den Wortlaut verlassen kann, ergibt sich meines Erachtens gerade aus den §§ 751 Abs. 2, 756, 765, wo der Beweis der sachlichen Bedingung als selbständiges Erfordernis neben das Zustellungsgebot gestellt ist, obgleich dieser Beweis ein inneres unkontrollierbares Erlebnis ist, also niemals formelle Voraussetzung wie die Zustellung sein kann. Das weitere Argument der herrschenden Meinung aber, daß, wenn die Vollstreckung vor Ablauf des Kalendertages nur anfechtbar wäre, der Mangel also stets durch den nachfolgenden Eintritt des Kalendertages geheilt würde, der Schuldner schutzlos gegen eine vorzeitige Vollstreckung sein würde, erscheint mir nicht weniger hinfällig. Denn einmal ist der Schuldner in keiner schlechteren Lage, als wenn eine formell korrekte Vollstreckungsklausel vor Eintritt einer Bedingung des Anspruchs unter Verletzung der Vor-

[1] Vgl. die Kommentare und die dort Zitierten, insbesondere Müller S. 136 ff.

schrift des § 726 Abs. 1 ZPO. erteilt worden ist, und die Bedingung möglicherweise niemals eintritt, zudem aber wird eine vorzeitige Vollstreckung bei befristetem Anspruch in der Regel eine deliktische Schadenersatzhaftung des Gläubigers begründen. Aus diesem Grunde kann ich den Ablauf des Kalendertages und die Sicherheitsleistung — von der Zustellungsvorschrift abgesehen — nur als sachliche Bedingung der Vollstreckung betrachten, deren Prüfung unbedenklich dem Gerichtsvollzieher überlassen werden konnte, deren Nichtbeachtung aber niemals Nichtigkeit, sondern nur Anfechtbarkeit des Vollstreckungsaktes zur Folge hat. Bei dieser Auslegung des § 751 ZPO. fügen sich die §§ 756, 765 dem Aufbau unseres Vollstreckungsverfahrens organisch ein. Wäre der Antrag Bähr Gesetz geworden, so könnte von einer besonderen formellen Voraussetzung der Vollstreckung bei Zug-um-Zug-Urteilen nicht die Rede sein.

Im übrigen scheint mir das Bestreben, die formellen Voraussetzungen der Vollstreckung auf das notwendigste zu beschränken und in dieser Richtung das Gesetz möglichst eng zu interpretieren, dem oben mit Steins Worten skizzierten Zweck dieser Formvorschriften besser zu entsprechen, als die Lehre Steins von der Umwandlung sachlicher zu formellen Bedingungen der Vollstreckung. Das zeigt sich besonders deutlich bei dem Angebot der Gegenleistung. Ob diese Bedingung erfüllt ist, läßt sich nie mit absoluter Gewißheit sagen. Es würde ein unhaltbarer Zustand geschaffen werden, wenn jeder Fehler, der in diesem Punkte gemacht wird, die Nichtigkeit der Vollstreckungsmaßregel nach sich ziehen würde. Es würde also gerade das Gegenteil von dem erreicht werden, was vom Gesetz beabsichtigt ist.

Die Folgen der Nichtigkeit darf man freilich nicht überschätzen. Der Gläubiger erwirbt kein Pfandrecht, nur den Schein eines solchen. Da aber der gutgläubige Dritte bei der Versteigerung trotz mangelnder Befugnis zum Pfandverkauf nach § 1244 BGB. Eigentum erwirbt, als hätte er die Sache vom Eigentümer erworben, und da der Drittschuldner trotz unwirksamen Überweisungsbeschlusses nach § 836 Abs. 2 ZPO. wirksam an den Gläubiger leistet, so wird die Nichtigkeit meist nur dann von Bedeutung, wenn sie in der Vollstreckungsinstanz geltend

gemacht wird. Dies kann nur durch Einwendung nach § 766 ZPO. geschehen. Sie führt zur Aufhebung des Vollstreckungsaktes. Eine Nachholung der mangelnden Zustellung oder des mangelnden Angebots ist unbeachtlich. Praktisch liegt also das Hauptgewicht bei der Nichtigkeit darin, daß nicht nur der Schuldner, sondern jeder Dritte, der an der Beseitigung des scheinbaren Pfandrechts ein Interesse hat, also vor allem auch ein konkurrierender Gläubiger, die Nichtigkeit geltend machen kann.

Viertes Kapitel.

§ 13.

Die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung.

Nicht berücksichtigt wurde bei der bisherigen Untersuchung die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung Zug um Zug gegen eine Gegenleistung. Die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung ist, wie die Motive[1] richtig bemerken, einer Zwangsvollstreckung gänzlich entzogen. Die einschlägige Bestimmung § 894 Abs. 1 Satz 1 lautet: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat.“ Ohne diese Regelung wäre der Gläubiger zur Realisierung der ihm zuerkannten Leistung auf den unsicheren Weg des indirekten Zwanges durch das Prozeßgericht nach § 888 ZPO. angewiesen. „Der Zwang zur Erklärung würde den Gläubiger nur aufhalten und den Schuldner ohne Not belästigen.“[2] Damit ist die gesetzliche Regelung, die keinen Bruch mit der Vergangenheit enthält, sondern sich an partikularrechtliche Satzungen eng anschloß,[3] hinreichend motiviert.

[1] Motive S. 443 (Hahn S. 466).

[2] Motive a. a. O.

[3] Vgl. Kipp, Verurteilung S. 4f. (44ff.); insbesondere Sächsisches Exekutionsgesetz vom 28. Februar 1838 § 70.

Der Zwang wird ausgeschlossen durch die Fiktion, daß die geschuldete Erklärung abgegeben sei, er wird nicht nur ersetzt in der Weise, daß er zulässig bleibt, soweit die Fiktion dem Gläubiger nichts nützt, z. B. bei vorläufig vollstreckbarer Verurteilung bis zum Eintritt der Rechtskraft.[1] Dagegen spricht nicht so sehr die Meinung der Motive, auf die ich weniger Wert zu legen geneigt bin, als vielmehr das innere Verhältnis der §§ 888 und 894 ZPO. Nur § 888 ZPO. käme in Betracht, weil eine Willenserklärung ohne Zuhilfenahme einer Fiktion nicht wirksam durch einen anderen für den Schuldner abgegeben werden kann. Die Willenserklärung fällt zwar unter den Begriff der Handlung im Sinne von § 888, die §§ 894ff. enthalten jedoch keine Ergänzung zu jener Bestimmung, sondern, wie schon der Wortlaut ergibt, eine durchaus selbständige und für die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung erschöpfende Normierung.

Der Streit über die Stellung dieses Urteils im System der Urteilslehre ist seit der Untersuchung von Kipp nicht zur Ruhe gekommen. Zwei Meinungen stehen sich schroff gegenüber. Die eine betrachtet das Urteil als rechtsgestaltendes Urteil. Sie wird im Anschluß an Kipp vorzugsweise vertreten von Langheineken, Gmelin, Stein, Seuffert und Schmidt.[2] Die andere betont vor allem den Unterschied dieses Urteils von den sogenannten konstitutiven Urteilen und lehrt, daß die Fiktion lediglich Vollstreckungswirkung, das Urteil selbst reine Kondemnation sei. Auf diesem Boden steht die herrschende Lehre, vorzugsweise

[1] So Fischer, Vollstreckbarkeit S. 82; Meyer im Recht 9 S. 426.

[2] Vgl. Kipp S. 16: „Das Urteil wirkt konstitutiv. Es gehört zu den Urteilen, welche weder bloße Feststellung noch Verurteilung zu einer Leistung aussprechen, sondern — ohne zu verurteilen — den Eintritt von Rechtswirkungen gebieten." S. 15: „Das Urteil ist also nur scheinbar kondemnatorisch;" Langheineken, Urteilsanspruch S. 253: „rechtsbegründendes Urteil", weil es die Vollziehung der Willenserklärung nicht fordert, sondern ausschließt; Gmelin, Vollstreckbarkeit S. 45: „Indem das Urteil diese Neuordnung des Rechtsverhältnisses durch seine eigene Kraft zustande bringt, gehört es zu den konstitutiven Urteilen. . . ." Gaupp-Stein zu § 894 I: „Das Urteil bewirkt selbst die Rechtsgestaltung." Seuffert zu § 253 ZPO. Nr. 2 c α; Schmidt, Lehrbuch S. 701, 743.

vertreten durch Hellwig, Kohler, Planck, Kisch, Fischer und Falkmann.[1]

Zu wiederholen, was von Hellwig über die zuerst von Kohler hervorgehobene, begrifflich notwendige Trennung der Entscheidungs- und der Vollstreckungsfunktion, die in dem rechtskräftigen Urteil nach § 894 Abs. 1 Satz 1 zu einem Ganzen zusammengeschweißt sind, deren Selbständigkeit aber bei der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung nach Ablauf eines Kalendertages oder nach Eintritt einer Bedingung klar zutage tritt, mit ausführlicher Begründung gesagt worden ist, liegt kein Anlaß vor. Das Ergebnis ist dies, daß das Urteil einmal die Feststellung der Verpflichtung zur Abgabe der Erklärung enthält, weiter aber im Regelfalle das prozessuale Surrogat der geschuldeten Erklärung ist. Ein publizistischer Anspruch des Gläubigers auf Ersetzung der geschuldeten Erklärung durch Urteil, wie ihn Stein[2] konstruiert, ist als besondere Form des Rechtsschutzanspruchs überflüssig und mit dem zivilistischen Anspruch des Gläubigers auf den gleichen Rechtserfolg schlecht vereinbar.

Man könnte bei der bisherigen Art der Behandlung des Urteils nur den einen Vorwurf für begründet halten, daß durch die Polemik die positive Ausbeute der Untersuchungen über Gebühr zu leiden gehabt hat. Denn zugegeben auch, daß das Urteil „begrifflich" Kondemnation ist, so läßt sich doch nicht leugnen, daß es von der üblichen Kondemnation, die auf Grund der Feststellung dem Kläger den Vollstreckungsanspruch verleiht, und dadurch zum Schuldtitel wird, wesentlich abweicht, während es andererseits auch nicht jedes konstitutiven Elements entbehrt. Die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung ist nicht

[1] Hellwig, Anspruch S. 459: „Das Urteil unterscheidet sich inhaltlich in nichts von sonstigen Verurteilungen . . . Eigentümlich gestaltet ist nur die Art der Zwangsvollstreckung." Kisch, Urteilslehre S. 38: „Das Urteil selbst ist reine Kondemnation. Die daran geknüpfte besondere Wirkung dagegen ist eine besondere Erscheinungsform der Exekution." Ähnlich Kohler, ziv. Archiv Bd. 80 S. 279; Planck, Lehrbuch II S. 791; Fischer, Vollstreckbarkeit S. 62; Falkmann S. 97.

[2] Gaupp-Stein, Bd. I S. 545.

Vollstreckungstitel.[1] Die dem Urteil beigelegte Vollstreckungswirkung ist keine Zwangsvollstreckung. Der über die Feststellung der materiellen Verpflichtung hinausgehende Gehalt dieses Urteils liegt vielmehr auf dem Gebiet der Vollstreckbarkeit im weiteren Sinne.[2] Denn im Urteil liegt nicht die Erklärung des Schuldners oder ihr vollständiger Ersatz, der Richter spricht sie nicht aus und der Kläger wird durch das Urteil an sich nicht befriedigt. Die allein auf Grund der rechtskräftigen Verurteilung vom Schuldner begehrte Feststellung, daß er die Abgabe der Erklärung nicht mehr schulde, kann nicht erfolgen. Das Urteil dient als Ersatz der Erklärung, aber das Gesetz überläßt es dem Berechtigten, diese Ersatzfunktion auszunutzen. Das wäre anders, wenn das Urteil rechtsändernd wirkte. Allein die Fiktion des § 894 ist auf die materielle Rechtslage von keinem unmittelbaren Einfluß. Ist die geschuldete Erklärung empfangsbedürftig, so muß das Urteil dem Erklärungsgegner zugehen. Das erübrigt sich, auch wenn sie dem Kläger gegenüber abzugeben ist, nicht notwendig durch die Verkündung. Was fingiert wird, ist also im Regelfalle nicht der vom Schuldner geschuldete Rechtserfolg, sondern nur der Hauch seines Mundes. Das Gesetz verleiht in § 894 ZPO. der rechtskräftigen Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung nur die Eigenschaft, als Willenserklärung verwertet zu werden und die Urteilsausfertigung ist vergleichbar einer Urkunde, die die Erklärung enthält.

Die Vollstreckbarkeit der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung hat aber die Eigentümlichkeit, daß sie unvereinbar ist mit einem Vollstreckungsanspruch des Gläubigers. Gerade das konstitutive Element, das anderen vollstreckbaren Urteilen in Gestalt der Begründung des Vollstreckungsanspruchs[3]

[1] Vgl. Seuffert zu § 894 ZPO. N. 1. A. M. Hellwig, Anspruch S. 449. Wir nennen jedoch nur diejenigen Urkunden-Vollstreckungstitel, die fähig sind, Grundlage einer Zwangsvollstreckung zu sein.

[2] Vgl. über diesen Begriff Gaupp-Stein, Bem. III vor § 704 ZPO. Daß sie Vollstreckbarkeit im Sinne der ZPO. ist, zeigt sich gerade bei der Behandlung der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung (vgl. §§ 726 Abs. 2, 894 Abs. 1 Satz 2 und 895 ZPO.).

[3] Vgl. Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 22; Sohm, Widerspruchsklage S. 43ff.

innewohnt, ist diesem Urteil fremd. Die Fiktion des § 894 ZPO. bindet die staatlicheu Rechtspflegeorgane nicht mehr als den einzelnen. Ist der Schuldner zur Abgabe einer Erklärung gegenüber einem Dritten verurteilt,[1] so muß dieser das Urteil, das ihm an Stelle der Erklärung zugeht, gleich der realen Erklärung achten, wenn er sich vor Schaden bewahren will. Die Anerkennung des Urteils ist keine staatliche Vollstreckungstätigkeit. Der siegreiche Kläger kann den staatlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen gegen eine Gefährdung oder Verletzung des durch das Urteil vermittelten Rechtserwerbs, er kann mit Hilfe des Urteils ein staatliches Eingreifen in die Privatrechtssphäre veranlassen, — so bei der Verurteilung zur Eintragungsbewilligung durch Stellung des Antrags beim Grundbuchamt, — von einem Vollstreckungsanspruch ist aber in diesen Fällen — anders als wenn eine „vollstreckbare" Entscheidung die einstweilige Verfügung einer Eintragung im Grundbuch aufhebt — gerade nicht die Rede. Denn jenes neue Erkenntnisverfahren, wie auch der Eintragungsprozeß beim Grundbuchamt, dienen nicht mehr der Herstellung des nach dem Urteil geschuldeten Rechtserfolgs, sondern der Sicherung oder dem Ausbau der dadurch eroberten Rechtsposition. Vollstreckungstätigkeit auf Grund der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung entwickelt allein der Gläubiger, der auf Grund ihrer die geschuldete Auflassung vornimmt, oder das Urteil als Eintragungsbewilligung einreicht. Er ist allein Vollstreckungsorgan. Er hat das Recht, die durch § 894 ZPO. dem rechtskräftigen Urteil beigelegte Eigenschaft zur Befriedigung seines materiellen Anspruchs zu verwerten.[2] Der Begründung des Vollstreckungsanspruchs entspricht also bei diesen Urteilen die Verleihung der Vollstreckungsmacht an den Gläubiger und insofern sind auch diese Urteile rechtsgestaltend auf prozessualem Gebiete.[3]

---

[1] Daß auch solche Urteile unter § 894 ZPO. fallen, leugnet Kipp S. 41 f. ohne stichhaltigen Grund. Vgl. Gaupp-Stein § 894 I.

[2] Vgl. Predari, Grundbuchordnung S. 116 f.; Engelmann, Zivilprozeß S. 414.

[3] Diese Vollstreckungsmacht kann gleich dem Vollstreckungsanspruch, solange sie noch nicht ausgeübt ist, durch Klage nach § 767 ZPO. beseitigt werden.

Was über die Bedingung der Vollstreckbarkeit bei Schuldtiteln, die sich auf eine gegen Gegenleistung zu bewirkende Leistung beziehen, früher gesagt worden ist, gilt auch für die Vollstreckbarkeit einer Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung. Sie ist bedingt, denn das Vollstreckungsbedürfnis ist nicht gegeben, bevor die Gegenleistung bewirkt oder dem Schuldner erfolglos angeboten ist. Logischerweise müßte nur die Willenserklärung als in dem Zeitpunkt abgegeben gelten, in dem die Bedingung erfüllt wird.[1] Aber auch hier hat der Gesetzgeber eine wenig glückliche Hand bewiesen.

Der zweite Satz des ersten Absatzes des § 894 ZPO. bestimmt, daß, wenn die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist,[2] — und das ist sie nach übereinstimmender Meinung sowohl bei einer Verurteilung zur Leistung gegen Gegenleistung, als auch dann, wenn der Beklagte gemäß § 322 Abs. 2 BGB. zur Abgabe der Erklärung nach Empfang der Gegenleistung verurteilt ist — die Erklärung als abgegeben gilt, sobald nach den Bestimmungen der §§ 726, 730 ZPO. eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist. Diese Vorschrift ergänzt die in § 726 Abs. 2 ZPO. für die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung getroffene Ausnahme und verleiht der vollstreckbaren Ausfertigung eines solchen Urteils eine sachlich ungerechtfertigte Bedeutung. Sie soll hier nicht nur bekunden, daß die Bedingung der Vollstreckbarkeit des Urteils fortgefallen ist, sondern ist selbst Trägerin der Fiktion. Der Gläubiger hat demnach nicht, wie es natürlich wäre, die Befugnis, das Urteil als die im Moment der Bewirkung oder des Angebots der Gegenleistung abgegebenen Willenserklärung zu verwerten, sondern an Stelle dessen das Recht, die vollstreckbare Ausfertigung dergestalt zu benutzen.[3]

[1] Vgl. § 367 der Österreichischen Exekutionsordnung vom 25. Mai 1896.

[2] Langheineken, Urteilsanspruch S. 257 rügt mit Grund die Formulierung.

[3] Langheinekens (Urteilsanspruch S. 258) gewaltsame Auslegung, daß die Fiktion auf den Eintritt der Bedingung zurückzudatieren sei, kann ich mir nicht zu eigen machen.

Welche Tatsachen als Bedingung der Vollstreckbarkeit des Urteils nachzuweisen sind und mit welchen Beweismitteln dies geschehen muß, ist bei Besprechung der Zwangsvollstreckung gesagt worden; ich kann darauf verweisen, denn die Sachlage ist hier die gleiche. Unbegreiflicherweise wird oft davon gesprochen, daß der Gläubiger bei der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung vorleisten müsse, daß also ein Angebot der Gegenleistung unter gleichzeitigem Verlangen der geschuldeten Erklärung nicht genüge.[1] Dafür bietet das Gesetz keinen Anhalt. Es spricht in § 726 Abs. 2 vom Annahmeverzug, und daher ist ebenso wie bei der Auslegung der §§ 756, 765 ZPO. auf den § 298 BGB. entscheidendes Gewicht zu legen. Es genügt stets ein Angebot der Gegenleistung zum Austausche gegen die Willenserklärung. Eine Leistung Zug um Zug ist hier sehr wohl möglich.

Das Verfahren richtet sich nach den allgemeinen, für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung gegebenen Regeln. Die Klausel ist stets auf Anordnung des Vorsitzenden zu erteilen. § 726 Abs. 2 ist zwar in § 730 Abs. 1 ZPO. nicht zitiert, die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung untersteht jedoch als Ausnahme von der Ausnahme der Regel des § 726 Abs. 1 ZPO.[2]

Nach § 730 ZPO. muß die Klausel bei Gefahr der Nichtigkeit die Anordnung des Vorsitzenden erwähnen. Vor ihrer Erteilung kann der Schuldner gehört werden. Kann der Gläubiger den geforderten Nachweis nicht erbringen, so steht ihm die Klage auf Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung nach § 731 ZPO. zu Gebote. Das ist unbedenklich, denn es ist nicht anzunehmen, daß § 731 in § 894 ZPO. mit Absicht nicht zitiert worden ist.[3]

[1] Vgl. Kipp S. 67; Gaupp-Stein, Bem. IV zu § 894; Stölzel, Schulung I S. 248.

[2] Vgl. OLG. Celle, Beschluß vom 19. März 1904 (ZZP. Bd. 33 S. 543f. = Rsp. Bd. 13 S. 185); Weismann, Lehrbuch II S. 44; Gaupp-Stein, Bem. III zu § 726 ZPO.

[3] Die Zulässigkeit dieser Klage leugnet Langheineken (Urteilsanspruch S. 259) von seinem Standpunkte aus konsequent, da nach ihm die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung materiell rechtsgestaltend ist, und die Klage auf Erteilung der Klausel auf Feststellung des Vollstreckungsanspruchs abzielt.

Natürlich kann der Schuldner gegen die zu Unrecht erteilte Klausel mit Klage nach § 768 ZPO. vorgehen.[1] Einer Zustellung des Urteils bzw. der Vollstreckungsklausel und der Beweisurkunden nach § 750 ZPO. bedarf es auch dann nicht, wenn der Schuldner zur Abgabe einer Erklärung gegenüber einer Behörde, z. B. dem Grundbuchamte, verurteilt ist, da, wie schon erwähnt, eine Zwangsvollstreckung im eigentlichen Sinne nicht stattfindet.[2]

Eine besondere Betrachtung erheischen die §§ 895, 897 ZPO. Ist durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch oder in das Schiffsregister erfolgen soll, so gilt nach § 895 die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs als bewilligt (§ 895 ZPO.). Wird die Abgabe der Erklärung gegen eine Gegenleistung geschuldet, so setzt auch diese Eintragung das Angebot der Gegenleistung voraus und zwar muß kraft Analogie aus § 894 Abs. 1 Satz 2 ZPO. für die Eintragung eine vollstreckbare Ausfertigung des vorläufig vollstreckbaren Urteils nach Maßgabe der §§ 726, 730 ZPO. gefordert werden.[3] Denn auch Vormerkung und Widerspruch sind Wirkungen der Vollstreckbarkeit des Urteils und setzen ein Vollstreckungsbedürfnis voraus, das erst durch das Angebot geschaffen wird. Sie sind zwar nur provisorische Maßnahmen, aber sie erlöschen nicht mit dem Eintritt der Rechtskraft, und der Schuldner hat kein Mittel, sie zu beseitigen, wenn es dem Gläubiger einfällt, den definitiven Eintrag nicht zu betreiben. Für das Angebot selbst ergibt sich aus § 895 ZPO. die Folge, daß der Gläubiger, obgleich ihm die Bewilligung der provisorischen Eintragung nicht geschuldet wird, bei seinem Angebot nur deren gleichzeitige (§ 298 BGB.) Bewilligung, nicht die der definitiven Eintragung verlangen kann. Doch muß ihm auf Grund dieses Angebots auch die vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt werden.

[1] Vgl. Hellwig, Anspruch S. 454 Nr. 36.

[2] A. M. Predari, Grundbuchordnung S. 353 f.

[3] Ebenso Gaupp-Stein, Bem. II zu § 895. A. M. Schöninger in Württemb. Jahrb. Bd. 12 S. 262.

In der Bestimmung des § 897 ZPO. schließlich rächt sich schwer der Mißbrauch der Vollstreckungsklausel nach § 894 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Ist der Schuldner zur Übereignung einer beweglichen Sache gegen Gegenleistung verurteilt, so hat der Gerichtsvollzieher vor der zwangsweisen Wegnahme unter Beobachtung der Vorschrift des § 756 ZPO. die Gegenleistung anzubieten oder das Angebot sich nachweisen zu lassen. Schreitet er darauf zur Vollstreckung, so müßte vernünftigerweise mit dem Eintritt der Rechtskraft der Gläubiger das Eigentum erwerben können. Nach dem Gesetz ist das nicht möglich.[1] Zwar braucht der Gläubiger nicht noch einmal anzubieten, auch wenn er die Gegenleistung noch nicht bewirkt hat, aber unentbehrlich ist für ihn die vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils, weil nur diese ihm den Eigentumserwerb vermitteln kann. Für diesen Formalismus ist das Gesetz verantwortlich, die Auslegung kann sich nicht darüber hinwegsetzen.

Fünftes Kapitel.

§ 14.

Die Kostenentscheidung.

Unsere Betrachtung des Urteils würde unvollständig sein, wenn wir nicht auch den Kostenpunkt streiften, denn über die Prozeßkosten muß im Urteil entschieden werden. Die Kostenpflicht trifft die unterliegende Partei. Wer unterliegt, wenn der Antrag auf Verurteilung zur Leistung schlechthin, das Urteil auf Leistung Zug um Zug lautet? Nur dieser Fall ist von besonderem Interesse. Eine Kostenteilung nach § 92 ZPO. ist hier nicht angebracht. Der Kläger unterliegt auch nicht zum Teil, denn wenn auch die Verpflichtung des Beklagten in der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nur mit einer Einschränkung bejaht wird, so setzt doch die Anwendbarkeit des § 92 ZPO.

[1] A. M. Gaupp-Stein, Bem. I zu § 897 ZPO.; Schöninger a. a. O. S. 265 ff

eine plus petitio im wörtlichen Sinne bei teilbarem Streitgegenstande voraus; nur bei solcher Sachlage können die Kosten verhältnismäßig geteilt werden.[1] Unhaltbar vollends ist gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes die Meinung,[2] daß der Kläger die ganzen Prozeßkosten zu tragen habe, wenn der Beklagte mit der Retentionseinrede durchdringt.

Etwaige Härten, die sich aus dem angeführten Prinzip ergeben, lassen sich durch richtige Anwendung des § 93 ZPO. vermeiden. Diese Vorschrift bestimmt, daß dem Kläger die Prozeßkosten zur Last fallen, wenn der Beklagte zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben hat und den Anspruch sofort anerkennt. Die Klagveranlassung ist gegeben, wenn der Beklagte die Leistung schlechthin verweigert hat, ohne sich auf die Gegenleistung zu berufen,[3] wenn er nicht geleistet hat, trotz Angebots der Gegenleistung, d. h. auch dann, wenn er eine nach Art oder Umfang ihm nicht zukommende Gegenleistung beansprucht hat. Die Klagveranlassung fehlt, wenn sich der Beklagte zur Leistung gegen die ihm gebührende Gegenleistung erboten hat. Bei alledem nützt es dem Beklagten nichts, daß er zur Klage keinen Anlaß gegeben hat, sofern er nicht den Anspruch „sofort anerkennt". Das ist jedoch nicht wörtlich zu verstehen. Unmöglich kann der Beklagte den Anspruch auf Leistung schlechthin anerkennen und gleichzeitig die beschränkte Verurteilung durchsetzen. Anerkenntnis ist Bejahung des Klaganspruchs. Sie verträgt ihrem Begriffe nach keinen Vorbehalt, denn sie schließt die richterliche Kognition aus. Der Richter urteilt „dem Anerkenntnisse gemäß" (§ 307 ZPO.), nicht auf Grund sachlicher Würdigung des Streitfalles. Eine Prüfung der materiellen Rechts-

[1] Ebenso Gaupp-Stein, Bem. I zu § 92 ZPO.; Langheineken, Anspruch S. 90 Nr. 2; OLG. Breslau in Entsch. des RG. Bd. 55 S. 224. Anders Hellwig, Anspruch S. 367 f. („Zuvielforderung").

[2] Vgl. Staub, Exkurs vor § 373 HGB. Anm. 78.

[3] In diesem Falle würden nach Hellwig die Kosten verhältnismäßig zu teilen sein. Ist das eine Forderung der Gerechtigkeit? Steht nicht das Gesetz gerade auf dem entgegengesetzten Standpunkt, indem es dem Schuldner eine Einrede verleiht und somit dem Gläubiger nicht zumutet, nur unter Angebot der Gegenleistung zu fordern?

lage ist aber unvermeidlich, wenn der Kläger Leistung schlechthin begehrt, und der Beklagte eine Retentionseinrede geltend macht.[1] Ein Anerkenntnis dem Grunde nach ist unserem Prozeßrecht nicht bekannt. Darum kann ein Anerkenntnis im technischen Sinne nur dann Grundlage einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug werden, wenn ein solches Urteil von vornherein oder nachträglich begehrt wird. Das schließt nicht aus, daß § 93 ZPO. Anwendung findet, wenn die einzige Verteidigung des Beklagten in einer begründeten Retentionseinrede besteht. In diesem Falle trifft bei mangelnder Klagveranlassung die Kostenpflicht den Kläger, denn es ist dem Anerkenntnis im Sinne des § 93 ZPO. nicht wesentlich, daß sich der Beklagte bedingungslos unterwirft, sofern er nur getan hat, was er tun mußte und konnte.[2]

Anhang.

Hinsichtlich der Zwangsvollstreckungskosten sei noch bemerkt, daß die Kosten für Beschaffung und Zustellung der Urkunden, durch die das Angebot der Gegenleistung bewiesen wird, stets als notwendige Zwangsvollstreckungskosten im Sinne von § 788 ZPO. betrachtet werden müssen, ebenso die Kosten des Angebots selbst,[3] sofern dieses abgelehnt worden ist, dagegen nicht die Kosten der Bewirkung der Gegenleistung, da diese nach § 298 BGB. zur Vollstreckung nicht erforderlich war und es fraglich ist, ob die Gegenleistung nicht nach materiellem Recht vom Vollstreckungsgläubiger als Schuldner auf seine Kosten bewirkt werden mußte.

[1] Der Beklagte begibt sich dann eben nicht jeder Verteidigung gegen den Anspruch und Stein (Bem. I zu § 307) wird seiner eigenen Definition untreu, wenn er, um nicht formalistisch zu erscheinen, ganz allgemein ein Anerkenntnis vorbehaltlich der Retentionseinrede zuläßt. Nicht anders Stölzel, Schulung I S. 226.

[2] Im Ergebnis ebenso Gaupp-Stein, Bem. II, 1 zu § 93 ZPO.; Hellwig, Anspruch S. 367.

[3] A. M. Voss a. a. O. S. 84. Vgl. auch Gaupp-Stein zu § 756 Bem. IV.

Schlußwort.

Am Schlusse dieser Abhandlung sei es erlaubt, die praktische Bedeutung einiger der erörterten Fragen durch ein Beispiel zu beleuchten. Es ist vorgekommen, daß der Vermieter, der an einer eingebrachten Sache des Mieters sein Pfandrecht für den Mietzins geltend gemacht hatte, auf die Vindikation eines Dritten, der das Eigentum durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erworben hatte, vom Amtsgericht — und das Landgericht hat dieses Urteil bestätigt — auf Grund der §§ 1223 („Verpfänder"), 1257 BGB. zur Herausgabe gegen Zahlung des Mietzinses verurteilt worden ist, daß der Kläger, um bei der Vollstreckung die Zahlung zu umgehen, auf Grund des Kostenfestsetzungsbeschlusses die Forderung, die dem Beklagten angeblich „nach dem Urteil gegen ihn, den Kläger," zustand, gepfändet, und sich zur Einziehung hat überweisen lassen, und daß das Vollstreckungsgericht den Gerichtsvollzieher, der, über diesen Modus mit Recht erstaunt, die Vollstreckung ohne Zahlungsangebot abgelehnt hatte, zur Vornahme der Vollstreckungshandlung angehalten hat mit der Begründung, daß „durch den Pfändungsbeschluß der Vorbehalt „Zug um Zug" gegenstandslos geworden" sei. Solange solche Irrtümer noch möglich sind, wird die Beschäftigung mit unserem Thema eine dankbare Aufgabe bleiben.

Lehrbuch des Handelsrechts.

Von

Dr. Karl Lehmann,

o. ö. Professor der Rechte an der Universität Rostock.

gr. 8. 1908. geh. 20 ℳ, geb. 21 ℳ 50 ₰.

Mit der Besprechung nicht eines handelstechnischen, sondern eines handelsrechtlichen Werkes sei der Bericht geschlossen. Seit Anfang 1908 liegt das in Lieferungen ausgegebene Lehrbuch des Handelsrechts von Dr. Karl Lehmann, Professor der Rechte in Rostock, abgeschlossen vor, eine literarische Leistung, die, wenn es für handelsrechtliche Forschungen Nobelpreise gäbe, dieser Auszeichnung würdig wäre. Das Buch ist das Ergebnis einer Lebensarbeit. Was das Werk kennzeichnet, ist die innere, sichere Verbindung von Handelsrechtsgeschichte und Handelsrechtsdogmatik und dann die konstruktive Zusammenschweißung der landes- und der seehandelsrechtlichen Institute.

Professor Dr. Hermann Rehm
(Straßburg i. E.)
(Frankfurter Zeitung 1909 Nr. 17.)

Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reiches.

Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 einschließlich des Seerechtes. — Wechselordnung vom 3. Juni 1908. — Die ergänzenden Reichsgesetze. — Die bundesstaatlichen Ausführungsgesetze und Verordnungen zum Handelsgesetzbuche.

Mit ausführlichem Sachregister

herausgegeben von

Dr. Emil Friedberg,

Königl. Sächs. Geheimer Rat und o. ö. Prof. der Rechte an der Univ. Leipzig.

Neunte Auflage.

8. 1908. geb. in Ganzleinen 7 ℳ.

Vollständigkeit und Zuverlässigkeit und ein äußerst mäßiger Preis haben diese Sammlung der handelsrechtlichen Gesetze zu der in juristischen und kaufmännischen Kreisen beliebtesten und auch verbreitetsten gemacht.

Druck von Metzger & Wittig in Leipzig.